

Vurdering av pasienters samtykkekompetanse i somatikken

Stud. med. Jørgen Dahlberg



Prosjektoppgave ved det Medisinske Fakultet

UNIVERSITETET I OSLO

23. oktober 2008

Vurdering av pasienters samtykkekompetanse i somatikken

Prosjektoppgave av Jørgen Dahlberg
under veiledning av Reidar Pedersen

ABSTRACT

To the extent possible, all treatment should be based on the patient's voluntary and informed consent. However, the capacity to consent may be impaired or limited for several reasons, and the legal competence to consent may thus not be present. There are several legal requirements which pertain to the patient's capacity to consent. In order to assess the consent such requirements have to be addressed by the responsible healthcare professional, which in most cases will be the doctor.

In Norway, however, the legal directions are to some extent rather complex. This paper first and foremost aims to identify and clarify legal regulations relevant to assess the patient's capacity to consent, and furthermore to identify important questions that are inadequately addressed by the law; i.e. areas where the law do not provide sufficient guidance in how to assess the patient's capacity to consent. Secondly, this paper explore whether medical students are sufficiently educated through a short questionnaire sent the medical faculties in Norway.

Some general questions which might be addressed when assessing decision-making capacity are discussed. Some examples on open issues not clearly solved by the legal guidelines are pointed out, with suggestions on how to solve these. These examples include the assessment of decision-making capacity for persons under guardianship, children, adolescence and adults. The results identify the need for health-care professionals to be sufficiently educated. The need for quality assurance systems in healthcare is also pointed out. Such systems might be assessment instruments, general guidelines, ethics committees or advocates services.

Innholdsfortegnelse

1.	Innledning.....	3
2.	Metode.....	3
3.	Resultat.....	4
3.1	Juridiske føringer.....	4
3.1.1	Hvorfor samtykkekompetansen skal vurderes	4
3.1.2	Når skal samtykkekompetansen vurderes	5
3.1.3	Hvem har samtykkekompetanse.....	7
3.1.4	Hvem vurderer samtykkekompetansen	16
3.1.5	Samtykkets form	16
3.1.6	Kort om pasienter som motsetter seg helsehjelp	17
3.2	Undervisning i samtykkekompetanse.....	18
4.	Diskusjon.....	18
4.1	Behov for kompetanse hos helsepersonell	19
4.2	Behov for kvalitetssikrende løsninger	19
4.3	Konkrete eksempler på uløste tolkningsspørsmål	21
4.3.1	Barns samtykkekompetanse	21
4.3.2	Utsettelse av ungdoms samtykkekompetanse	22
4.3.3	Samtykkekompetanse hos umyndiggjorte.....	22
4.3.4	Manglende samtykkekompetanse grunnet redusert forståelse p.g.a. sykdomstilstand ..	22
5.	Konklusjon	24

1. Innledning

Utgangspunktet i norsk helsevesen er at all helsehjelp skal skje etter samtykke (eksplisitt eller implisitt gitt) fra pasienten. I særskilte tilfeller kan det imidlertid være aktuelt å behandle (eller ikke behandle) i strid med pasientens ønske eller uten pasientens samtykke.

Innholdet og grunnlaget for et gyldig samtykke kan skjematisk deles i tre¹. (1) Pasienten må ha retthandelsevne og nødvendig habilitet for å avgi samtykke, (2) samtykket må være avgitt på riktig måte og (3) samtykket må gjelde et saksforhold pasienten gyldig kan samtykke til. Disse tre vilkårene betegnes også som kravene til personell-, prosessuell- og materiell kompetanse. Oppgavens tema, samtykkekompetansen, omhandler i hovedsak spørsmålet om pasientens personelle kompetanse. Vurderingen av samtykkekompetansen henger imidlertid så tett sammen med de øvrige kompetansespørsmålene at begrepene personell kompetanse og samtykkekompetanse neppe kan betegnes som fullstendige synonymer.

Helsehjelp uten pasientens samtykke eller i strid med pasientens ønske er en velkjent problemstilling innenfor psykiatrien og i somatikken. Slik helsehjelp forutsetter at helsepersonellet gjør en vurdering av pasientens samtykkekompetanse og situasjonen for øvrig som begrunner slik tilsidesettelse.

Oppgaven tar primært sikte på å gi en redegjørelse for de generelle utfordringer helsepersonell står overfor ved vurdering av pasienters samtykkekompetanse. Kriteriene for et slik vurderingsgrunnlag er i utgangspunktet forankret i rettslige retningslinjer.

Oppgaven har søkt å redegjøre for de rettslige retningslinjene ved gjennomgang av aktuelle rettskilder og et tilfeldig utvalg av tilleggslitteratur. Oppgaven har primært fokusert på juridiske føringer for hvorfor, når og hvordan pasienters samtykkekompetanse i somatikken skal vurderes. Som en naturlig forlengelse av disse spørsmålene er det også gitt en kort redegjørelse om lovkrav til samtykkets form, og konsekvensene av at samtykkekompetansen mangler. I redegjørelsen av gjeldende regelverk er det lagt særskilt vekt på aktuelle regler i pasientrettighetsloven. Oppgaven identifiserer noen områder hvor retningslinjene ikke gir tilstrekkelig veiledning eller innholdsbestemmer vurderingsgrunnlaget for samtykkekompetanse. Det er videre inntatt resultater fra en enkel spørreundersøkelse som utreder om legestudenter får opplæring/utdanning i vurdering av samtykkekompetanse.

Oppgaven drøfter konsekvensene av at flere spørsmål vedrørende samtykkekompetanse ikke synes løst i gjeldende retningslinjer. Det er drøftet om helsevesenet burde sikre dette vurderingsgrunnlaget bedre, eksempelvis gjennom utdanning av helsepersonell, kvalitetssikringsprosedyrer og fokus på å avklare de konkrete temaer som ikke synes avklart i lovgivningen.

2. Metode

Oppgaven kan primært beskrives som en litteraturstudie i det problemstillingen i hovedsak er søkt besvart ved gjennomgang av ulike litterære kilder. Det er i denne anledning særlig fokusert på aktuelle rettskilder. Et tilhørende spørsmål til oppgaven omfatter imidlertid en (enkel) undersøkelse av undervisningsgrunnlaget for aktuelle tema, og det er derfor også inntatt resultater fra en enkel spørreundersøkelse. Formelt sett har kildegrunnlaget for oppgaven derfor vært todelt; rettslig og medisinskfaglig litteratur, samt en spørreundersøkelse sendt til de fire norske medisinske fakulteter.

Da oppgaven langt på vei har søkt å avklare hvilke juridiske føringer som ligger til grunn for vurdering av samtykkekompetanse har en stor del av det litterære materialet bestått av ulike rettskilder.

Kildematerialet er i denne anledning søkt i tråd med alminnelig juridisk metode. Dette innebærer at den primære fokus har vært lagt på lovtekst, tilhørende rundskriv og forarbeider, men en del juridisk litteratur er også gjennomgått. Jeg har også søkt etter aktuell rettspraksis på Lovdata (med søk etter avgjørelser som omhandler aktuelle bestemmelser i pasientrettighetsloven fra trygderetten, tingrettene, lagmannsrettene og høyesterett). Der fant jeg imidlertid ikke noe relevant materiale. De øvrige litterære kilder er i stor grad valgt tilfeldig etter tilgjengelighet og hva jeg har fått tildelt av veileder.

De mest aktuelle lovbestemmelser er lagt ved som bilag 1 til oppgaven. Videre er en stor del av fortolkningsmaterialet hentet fra forarbeidene til pasientrettighetsloven (og de etterfølgende lovendringene). Det er også hentet materiale fra helsedirektoratets rundskriv til pasientrettighetsloven. Jeg har i stor grad søkt å vise til aktuelle kildegrunnlag i referansene, hvilket formodentlig vil være avklarende for hvilket materiale som ligger til grunn. Tilsvarende gjelder det litterære materialet som er hentet fra medisinskfaglige publikasjoner.

Som nevnt over er det også søkt avklart i hvilken utstrekning medisinstudenter utdannes/trenes i å vurdere pasienters samtykkekompetanse. Spørsmålet ble først søkt avklart ved telefonisk kontakt. Til oppfølging ble det utformet en enkel spørreundersøkelse som ble sendt til samtlige medisinske fakulteter i Norge per e-post. Hovedspørsmålet var kort og godt: "Undervises medisinstudentene i hvordan man vurderer om pasienten har samtykkekompetanse?". For de tilfeller svaret ble bekreftet positivt fulgte det noen avklarende spesifiserende spørsmål. Undersøkelsen ble sendt per e-post til de som ble identifisert som undervisningsansvarlig for aktuelle fagområde ved de ulike medisinske fakultetene. Spørreskjemaet er lagt ved som bilag 2.

3. Resultat

3.1 Juridiske føringer

I det følgende avklares hvilke juridiske føringer som ligger til grunn for vurderingen av pasienters samtykkekompetanse. Som det fremgår vil grunnlaget tidvis være resultat av personlige tolkninger av kildegrunnlaget. Deler av kildegrunnlaget utgjør også i seg selv tolkninger fra juridisk teori. Dette er for så vidt i tråd med den alminnelige praksis i juridisk vitenskap, hvor resultatet sjeldent kan anses gitt før lovgiver eller en endelig rettsinstans har konkludert på spørsmålet.

Jeg har i det følgende søkt å strukturere materialet ved en enkel kapittelinndeling som søker å besvare (i) hvorfor samtykkekompetanse skal vurderes, (ii) når samtykkekompetanse skal vurderes, (iii) hvem som har samtykkekompetanse, (iv) hvem som vurderer samtykkekompetanse, samt kort om (v) samtykkets form og (vi) om pasienter som motsetter seg samtykke

3.1.1 Hvorfor samtykkekompetansen skal vurderes

Et gyldig samtykke kan bare avgis dersom vedkommende har samtykkekompetanse. Behovet for vurderingen av samtykkekompetanse er således forankret i de samme formål som begrunner behovet for samtykke, hvilket primært er hensynet til pasientens autonomi og integritet.

Hensynet til pasientens autonomi og integritet har blitt tillagt stadig større vekt i rettsutviklingen². Dels har rettsutviklingen sprunget ut av den styrkede rettstillingen som er gitt individet nasjonalt, men kravet om samtykke under hensyn til pasientens autonomi og integritet er også forankret i menneskerettighetsartiklene og flere internasjonale konvensjoner.

"Det er antatt at internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter ... indirekte verner retten til å råde over sitt liv og sin kropp. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

artikkel 2 og tilsvarende artikkel 6 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 bestemmer at enhvers rett til livet skal beskyttes ved lov.

WHO's Europakontor har utarbeidet en deklarasjon om pasienters rettigheter; «The Declaration on the Promotion of Patients Rights in Europe» (Amsterdam 28.-30. mars 1994). Deklarasjonen er ikke rettslig bindende, men inneholder prinsipper som bør legges til grunn i vår lovgivning så langt som mulig. ...[bl.a] omhandles det informert samtykke som grunnlag for behandling og pasientens rett til å nekte å motta helsehjelp og til å stanse behandlingen.»³

Det kan her særskilt bemerkes at Norge så sent som oktober 2006 (med ikrafttredelse 1. februar 2007) også ratifiserte Oviedo konvensjonen (Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, 4. april 1997), som også særskilt angir kravet om pasienters samtykke før legehjelp⁴.

Ved utredning av spørsmålet om samtykkekravet til helsehjelp ble det til siste/gjeldende pasientrettighetslov bl.a. uttalt at "[pasienten] har i utgangspunktet full bestemmelsesrett i forhold til sin frihet, sin helse og sitt liv, uavhengig av individets samfunnsmessige tilknytning og sosial sammenheng."⁵ Følgelig har lovverket derfor også i stor grad tatt høyde for at pasienten skal få adekvat informasjon om helsehjelpen, og videre at helsehjelpen forutsetningsvis (som hovedregel) bare skal gis etter pasientens forutgående samtykke.

Gjeldende lovverk forutsetter således at helsehjelp som hovedregel bare skal ytes etter pasientens (informerte) samtykke. Det fremgår eksplisitt av pasrl. § 4-1 at helsehjelp uten (og ikke bare mot) pasientens samtykke forutsetter et klart grunnlag ("lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag"). De grunnlag som hjemler unntak fra kravet om pasientens samtykke gir i praksis anvisning på relativt få/snevre unntakstilstander (nærmere om dette nedenfor), og unntakene vil normalt da også utløse krav om informasjon og involvering av pårørende m.v.

3.1.2 Når skal samtykkekompetansen vurderes

Hovedregelen i pasrl. § 4-1 innebærer at det må foreligge et samtykke i de fleste tilfeller hvor helsehjelp ytes. Pasienten kan imidlertid bare gi sitt samtykke så lenge han/hun reelt er kompetent til dette (har samtykkekompetanse). Kravet til at pasienten må ha samtykkekompetanse fremgår uttrykkelig av pasrl. § 4-3, 1. og 2. ledd.

Der loven gir åpning for at helsehjelp kan ytes uten samtykke fra pasienten har oftest en representant (normalt nærmeste pårørende) utvidede rettigheter til medvirkning hvis pasienten mangler samtykkekompetanse (jfr. pasrl. §§ 3-3, 3-4 og 4-4 lfg.). Helsepersonellet vil derfor tilnærmet alltid måtte vurdere om pasienten har samtykkekompetanse, uansett om samtykke fra pasienten er påkrevd eller ikke.

Det kan imidlertid reises spørsmål ved om det foreligger tilfeller hvor man ikke trenger å vurdere om pasienten har samtykkekompetanse. Hovedregelen er som nevnt at samtykke (fra pasient eller representant) er en forutsetning for at helsehjelp kan gis. Motsetningsvis kan det da reises spørsmål ved om de få unntakstilfeller hvor helsehjelpen ikke forutsetter samtykke heller ikke gjør det påkrevd å vurdere om pasienten er samtykkekompetent. Sagt på en annen måte, kan man utelate å vurdere om pasienten er samtykkekompetent så lenge samtykke ikke er påkrevd?

Problemstillingen fordrer først en avgrensning av hvilke tilfeller det eventuelt ikke er påkrevd med samtykke. I tråd med formuleringen i pasrl. § 4-1 er det gitt visse unntak fra når samtykke kreves. Det klart viktigste unntaket innen somatikken gjelder plikt til å gi (påtrengende) nødvendig helsehjelp etter hlspl. § 7.

Bestemmelsen tar sikte på å sikre at ”personer som er i akutt fare skal få helsehjelp så fort som mulig”⁶. Denne plikten gjelder for det første der samtykke ikke kan innhentes, men videre også ”selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen”. Bestemmelsen hjemler således de generelle nødrettsprinsipper hvor inngrep kan skje uten samtykke⁷.

Unntaksbestemmelsen i hlspl § 7 er ikke absolutt i det bl.a. pasrl. § 4-9 gir anvisning på tre forhold som allikevel gir pasienten rett til å nekte (og derav medfører krav til samtykke) før helsehjelpen kan gis. Forholdene omfatter (1) rett til å nekte å motta blodprodukter grunnet alvorlig overbevisning, (2) rett til å nekte å avbryte pågående sultestreik, samt (3) rett til å motsette seg livsforlengende behandling.

Hvor disse grensene går for når samtykke ikke lenger er påkrevd gir opphav til en del tolkningsproblemer jeg ikke går nærmere inn på her⁸.

Under forutsetning av at det i tråd med hlspl. § 7 foreligger et tilfelle som ikke krever samtykke, kan det således reises spørsmål ved om dette også fritar helsepersonellet fra i det hele tatt å gjøre vurderingen av om pasienten er samtykkekompetent. Spørsmålet blir da som nevnt ovenfor: Kan man utelate å vurdere om pasienten er samtykkekompetent så lenge samtykke ikke er påkrevd i en slik situasjon?.

Lovens system synes å angi at et samtykke alltid skal søkes innhentet (om mulig), også der hvor samtykket ikke er påkrevd for helsehjelpen. Ordlyden i hlspl. § 7 gir ikke klar anvisning på et generelt fritak fra å innhente samtykke, kun en klar dispensasjon til å behandle selv om samtykke nektes. Sett hen til at lovens klare hovedregel er at samtykke alltid skal søkes innhentet, at den konkrete formuleringen for unntaket i hlspl § 7 ikke gir noe klart uttrykk for at man kan unnlate å innhente samtykke, og den klare tyngde som er tillagt pasienters autonomi, synes rettsgrunnlaget å forutsette at samtykke alltid bør søkes innhentet (selv om det ikke er påkrevd for helsehjelpen).

I den utstrekning det innen somatikken foreligger andre eventuelle unntak fra samtykkekravet i pasrl. § 4-1 synes det forenlig med lovens ordning og formål at konklusjonen vil være den samme også der. Det kan herunder nevnes at smittevernloven hjemler tilsvarende grunnlag for å gripe inn med helsehjelp uten pasientens samtykke, men også synes det klart at pasientens samtykke bør søkes innhentet først (jfr. smittel. kap 5).

Konsekvensen av ovennevnte fortolkning innebærer i praksis at samtykkekompetansen tilnærmet alltid må vurderes i det et samtykke tilnærmet alltid skal søkes innhentet (gitt tilstrekkelig samtykkekompetanse), og dette gjelder uavhengig av om samtykket er påkrevd for helsehjelpen eller ei.

Det må imidlertid kunne legges til grunn at kravet om at samtykkekompetansen skal vurderes (i det minste) har sin avgrensning der hensynet til de alminnelige nødrettsbetraktninger tilsier dette. Det må i alle fall være klart at utelatt vurdering av samtykkekompetanse (der samtykke ikke er påkrevd) fordi situasjonen ikke tillater det grunnet nødrettsforhold (jfr. straffelovens § 47) ikke kan straffesanksjoneres. For alle praktiske formål må det derfor kunne legges til grunn at nødretten i slike tilfeller i seg selv utgjør et klart (dog snevert) unntak fra plikten om når samtykkekompetansen skal vurderes, men det er da også viktig å merke seg at dette unntaket kun varer så lenge nødrettssituasjonen er tilstede.

Det kan reises spørsmål ved om det innebærer noen prinsipiell realitet å søke samtykke i en situasjon hvor pasientens beslutning om å samtykke er irrelevant for om helsehjelpen skal gis. Manglende samtykke innebærer imidlertid at hjemmelskravet for tvang må sikres, og i en del tilfeller vil manglende samtykke da også utløse plikt til å varsle pårørende, opplyse om klageadgang m.v. Fra et praktisk ståsted har forsøk på å innhente samtykke også en funksjon i å etablere et godt samarbeidsklima med pasienten.

3.1.3 Hvem har samtykkekompetanse

Hvem som har samtykkekompetanse fremgår av pasrl. § 4-3. Bestemmelsen forutsetter en avklaring av to prinsipielt ulike problemstillinger. Det første spørsmålet er om pasienten innehar de generelle formelle betingelser for å kunne inneha samtykkekompetanse. Dette spørsmålet dreier seg i hovedsak om å avklare pasientens alder (for eksempel om pasienten er over den helserettslige myndighetsalder på 16 år eller under den nedre selvbestemmelsesgrense på 12 år), samt om pasienten kan være umyndiggjort. Disse vilkårene er kommentert under avsnitt 3.1.3.1. Det andre spørsmålet er om pasienten innehar de individuelle forutsetninger som må foreligge for å kunne inneha samtykkekompetanse. Dette dreier seg i hovedsak om å avgjøre hvorvidt pasienten har en sykdomstilstand som har påvirket forståelsen i en slik grad at pasienten ikke evner å kunne avgi et samtykke. Dette vilkåret er kommentert i avsnitt 3.1.3.2.

Dersom pasienten ikke har samtykkekompetanse vil en representant kunne tre inn. Dette kan eksempelvis være foreldre, verge eller helsepersonell (som nærmere drøftet under). Selv om det ikke fremgår av lovens ordlyd må det være klart at vilkårene for å ha samtykkekompetanse gjelder analogt for representantene. De regler som er drøftet under vil således også gjelde for den aktuelle utstedte representant for pasienten.

3.1.3.1 Samtykkekompetanse hos barn, ungdom og umyndiggjorte

Vurderingen av om pasienten har samtykkekompetanse etter pasrl. § 4-3, 1. ledd, består innledningsvis i å avgjøre pasientens alder og om pasienten kan være umyndiggjort. Dette medfører oftest ikke store vurderingsproblemer.

Dersom pasienten er under 18 år eller er umyndiggjort blir det påfølgende spørsmålet om pasienten like fullt har samtykkerett, eller eventuelt hvem samtykke i så tilfelle skal innhentes hos.

Barn under 16 år, egen samtykkekompetanse og representantsamtykke

For barn under 16 år synes samtykkekompetansen alene å være lagt til den/de som er ansvarlig for barnet (foreldre eller barnevernet), jfr. pasrl. § 4-4. Det er imidlertid angitt at etter hvert som barnet utvikles og modnes skal de som har ansvar for barnet høre hva barnet har å si, og fra barnet er 12 år har det rett til å si sin mening i alle spørsmål som angår egen helse, jfr. pasrl. § 4-4, 3. ledd.

Lovens absolutte formulering indikerer at samtykkekompetansen alene ligger hos foreldrene, men at barnet etter hvert har krav på å bli hørt av de som har foreldreansvaret. Lovens ordlyd i tredje ledd synes ikke å innebære noen endring i det faktum at samtykket skal innhentes hos de som har foreldreansvaret, og ikke hos barnet. Denne forståelsen synes å være fremført i Helsedirektoratets rundskriv⁹ på loven, hvor følgende er kommentert om bestemmelsen:

”Bestemmelsen i tredje ledd innebærer at barn over 12 år skal ha en økende grad av selvbestemmelse i helsespørsmål, og slik sett kan det oppfattes som en ”delt samtykkekompetanse” mellom foreldre/foresatte og barn mellom 12 og 16 år. Er det uenighet mellom barnet og foreldrene, skal i utgangspunktet foreldrenes syn legges til grunn. Unntak fra denne regelen er fastsatt i lov”

Det har således formodningen for seg at bestemmelsen i tredje ledd regulerer forholdet mellom foreldre og barn, men at helsepersonell etter bestemmelsen i første ledd alene skal forholde seg til foreldrene ved vurderingen om samtykkekompetansen. Forarbeider, teori og praksis indikerer imidlertid noe annet.

I forarbeidene¹⁰ har departementet i sin kommentar til ovennevnte bestemmelse uttrykt: ”For pasienter mellom 12 og 16 år kan det derfor sies å foreligge en delt samtykkekompetanse, mens foreldrene eller andre med foreldreansvaret har avgjørelsesmyndigheten alene når barnet er under 12 år dersom myndigheten brukes til barnets beste.”.

I teorien er det videre flere steder angitt at det i visse tilfeller foreligger isolert samtykkekompetanse hos barn mellom 12 og 16 år (og da altså uten de foreldreansvarliges engasjement). Denne tolkningen er bl.a. uttrykt av Syse¹¹:

”Det må være rimelig å innfortolke en samtykkerett til helsehjelp av mindre inngripende karakter i bestemmelsen for å få sammenheng mellom de tilsvarende reglene i kapittel 3 og kapittel 4. Om for eksempel en jente på 15 år ber en lege eller jordmor om prevensjonsveiledning og foreldrene ikke må informeres etter kapittel 3, må jenta også kunne samtykke selvstendig til nødvendige undersøkelser i sakens anledning.

Det er uheldig at dette forholdet ikke framgår av lovbestemmelsen som har et for absolutt preg.”

Sinding Aasen har gitt uttrykk for samme tolkningsutvidelse¹²:

”Også etter norsk rett må en normalt utviklet 13-åring kunne oppsøke legen på egen hånd og få behandling for [en infisert skade i hånden]. Barnets samtykke må med andre ord ha straffriende virkning for legen, og gjøre behandlingen rettmessig etter pasientrettighets- og helsepersonelloven, så sant legen har ivaretatt sin informasjonsplikt overfor barnet og ellers opptrådt forsvarlig.”

Etter min oppfatning gir lovens ordlyd ikke nevneverdig spillerom for andre tolkninger enn at den endelige beslutningen (og derav den avgjørende kompetansen) ligger hos foreldrene frem til barnet er 16 år. I tråd med ovennevnte teori og aktuell praksis i helsevesenet er dette imidlertid ikke i tråd med gjeldende rett. Det må eksempelvis kunne legges til grunn at ungdom på 15 år som søker prevensjonsveiledning (og klarligvis har rett til disse opplysningene uten at foreldrene involveres jfr pasrl § 3-4, 2. ledd) også har rett til å samtykke til de inngrep som eventuelt utføres i denne sammenheng uten at foreldrene involveres.

Hvor grensene går for hva barnet kan tillates å samtykke til alene er imidlertid uklart. I tråd med lovens system bør barnet få beholde egen samtykkekompetanse der forholdene tilsier det ”av grunner som bør respekteres” (jfr. formuleringen i pasrl. § 3-4, 2. ledd), og ”tiltakets art” (jfr. formuleringen i pasrl. § 4-3, 1. ledd, bokstav b) ikke taler i mot det. Sinding Aasen, FAB¹³ har anført at dette primært vil bli et spørsmål om å avveie fire sentrale rettsprinsipper, nemlig prinsippene om selvbestemmelse, foreldreansvar, barnets beste og barnets rett til medbestemmelse.

I praksis vil formodentlig vurderingen bygge på om barnets utvikling og modenhet tilsier at dette er en beslutning barnet kan og bør ta alene, og at det for øvrig ikke foreligger grunner som tilsier at foreldrene (primært av hensyn til foreldreansvaret) bør involveres. Foruten ovennevnte

tolkningsbetraktninger bør vurderingen trolig følge de samme retningslinjer som ligger til grunn for barnets generelle bestemmelsesrett etter barneloven¹⁴. Problemstillingen blir da å vurdere om barnets utvikling og modenhet, sammenholdt med omfanget av inngrepet og inngrepets art, tilsier at barnet bør få bestemme selv. Nærmere drøftelser av dette spørsmålet er bl.a. inntatt hos Sinding Aasen, kap. 9.2.3¹⁵, og FAB¹⁶.

Jeg har over anført at samtykke ser ut til enten å ligge hos foreldrene eller hos barnet. Halvorsen¹⁷ har imidlertid anført at samtykke bør kunne deles etter selvstendig samtykke, representantsamtykke eller *tilslutningssamtykke*. Det tredje alternativet, *tilslutningssamtykke*, vil kunne gjelde tilfeller der foreldre må samtykke i tillegg til barnet for at barnets samtykke skal være gyldig. Det har formodningen for seg at *tilslutningssamtykke* vil være en praktisk måte å avklare tvilstilfeller på, men jeg har ikke funnet støtte i annen teori for at dette er et innarbeidet samtykkebegrep i praksis. De aktuelle grenser for når et barn har selvstendig samtykke, *tilslutningssamtykke* og representantsamtykke er derfor ikke nærmere diskutert her.

Et annet spørsmål (som ikke direkte berører vurderingen av samtykkekompetansen) er hvordan man eventuelt skal forholde seg til et barn (uten samtykkekompetanse) som motsetter seg helsehjelpen som foreldrene har samtykket til. Dette blir eventuelt et spørsmål om det foreligger hjemmel for bruk av tvang. For andre pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelp (over 16 år, umyndige, myndige) er det nå inntatt egne tvangshjemler i nytt kap. 4A til pasrl (drøftet i avsnitt 3.1.6.2 under). Bestemmelsene gjelder imidlertid ikke for barn under 16 år (jfr. pasrl. § 4A-2, 1. ledd), hvilket innebærer at det fortsatt ikke foreligger et klart hjemmelsgrunnlag for tvangsbehandling av barn uten samtykkekompetanse i somatikken. Sinding Aasen¹⁸ har argumentert for at tvangsgrunnlaget for barn eventuelt må utledes av analoge fortolkninger fra prinsippene i psykisk helsevernlov. Etter min oppfatning synes retningslinjene fra pasrl. Kap 4A kanskje like velegnet for analog tolkning på barn, men av hensyn til avgrensning går jeg ikke nærmere inn på disse problemstillingene her.

Ungdom mellom 16 og 18 år

Tilsvarende problematisk kan det være å avgjøre om ungdom mellom 16 og 18 år selv har samtykkekompetanse (eller om noen andre eventuelt har samtykkekompetansen på deres vegne). Som hovedregel skal ungdom mellom 16 og 18 år ha rett til å avgi samtykke selv (jfr. pasrl. § 4-3, 1. ledd, bokstav b). Det fremgår også av lovens forarbeider at den helserettslige myndighetsalder er 16 år¹⁹. Utgangspunktet blir derfor at ungdom over 16 år har samme samtykkekompetanse som voksne over 18 år.

Til forskjell fra voksne kan imidlertid samtykkekompetansen for ungdom mellom 16 år og 18 år være avgrenset av "særlige lovbestemmelser eller tiltakets art". Spørsmålet om avgrensning av "særlige lovbestemmelser" vil normalt ikke utgjøre vanskelige vurderingsspørsmål. Dette omfatter eksempelvis beslutninger som kan falle inn under lov om sterilisering (25 år jfr. sterill. § 2) eller transplantasjonsloven (18 år jfr. transpll. § 1). Avgrensning av samtykkekompetansen grunnet "tiltakets art" er imidlertid vesentlig mer uklart. I forarbeidene er det bl.a. uttalt følgende om dette unntaket²⁰:

"16-årsgrensen kan suspenderes ... etter «tiltakets art». Det kan tenkes personlige helseanliggender som bør ligge under en normalt utviklet ungdoms rådighetssfære også før fylte 16 år. Det kan også tenkes eksempler på avgjørelser som ikke bør kunne tas før myndighetsalder er oppnådd, f.eks. deltakelse i forskningsprosjekter eller eksperimentell behandling, smertefull eller risikofyllt behandling og behandling som er irreversibel, bl.a. plastisk kirurgi."

Jeg har ikke funnet rettspraksis som berører dette spørsmålet, og det finnes for øvrig ikke nevneverdig veiledning i forarbeidene som avklarer hvilke andre typeeksempler som faller inn under nevnte begrep. Til bekreftelse av ovennevnte fortolkning kan det dog bemerkes at Helsedepartementet i et rundskriv "...på denne bakgrunn [har] lagt til grunn en 18 årsgrense for å kunne samtykke til plastisk kirurgi" grunnet unntak etter tiltakets art²¹. Det må således være avklart utover enhver rimelig tvil at kosmetisk kirurgi flytter aldersgrensen for samtykkekompetanse fra 16 til 18 år.

I praksis innebærer dette at lovgiver formodentlig i relativt stor grad har overlatt til helsepersonellens skjønn å avgjøre om helsehjelpen er et tiltak av en slik art at 16-årsgrensen er suspendert, og at pasienten (mellom 16 og 18 år) derved ikke har samtykkekompetanse. Under hensyn til at pasienters generelle myndighetsalder er satt til 16 år, og at unntaksforholdene er relativt snevert omtalt i forarbeider og teori, må det imidlertid kunne legges til grunn at det skal mye til før samtykkekompetanse for en over 16 år utsettes.

Representantsamtykke for ungdom

Dersom en pasient mellom 16 og 18 år ikke har samtykkekompetanse fremgår det av pasrl. § 4-5 at foreldrene (eller andre med foreldreansvar) har rett til å samtykke for pasienten. Dersom manglende samtykke ikke følger av egen lovbestemmelse, men følger av tiltakets art, synes det riktig å legge til grunn at foreldrenes kompetanse som hovedregel bør være begrenset til et tilsutningssamtykke (og ikke et fullstendig representantsamtykke). Ved delvis ivaretagelse av ungdommens samtykkekompetanse vil den tilsiktede helserettslige myndighetsalder ivaretas på en god måte. Dette er imidlertid ikke utredet nærmere i juridisk teori, og bygger således kun på en personlig vurdering.

På samme måte som for barn vil det også her være et separat spørsmål hvordan man eventuelt skal forholde seg til en pasient som motsetter seg behandling. Tilsvarende må det da eventuelt foreligge et konkret hjemmelsgrunnlag for tvang (som kort er kommentert nedenfor).

Umyndiggjorte

Pasrl. § 4-3, 1. ledd synes videre å legge til grunn at myndighet (for personer over 18 år) er en forutsetning for samtykkekompetanse. Bestemmelsen kan motsetningsvis fortolkes dit hen at umyndiggjorte ikke har samtykkekompetanse. Pasrl. § 4-7 legger imidlertid til grunn den motsatte forutsetning, nemlig at pasienter som er umyndiggjorte "skal i så stor utstrekning som mulig selv samtykke til helsehjelp". I motsetning til for barn (hvor barnet har krav på å bli hørt, men hvor samtykkekompetansen ligger hos foreldrene), er utgangspunktet altså her at den umyndiggjorte har samtykkekompetansen selv.

Bestemmelsen i pasrl. § 4-7 angir ikke hva vurderingen konkret skal gå ut på. Det slås kun fast at den umyndiggjorte har rett til å samtykke (og derav har samtykkekompetanse) "i så stor utstrekning som mulig". Av hensyn til harmoni med lovens system og de øvrige reglene vil denne vurderingen, etter mitt skjønn, formodentlig innebære det samme tema som vurderingen av om det foreligger bortfall av samtykkekompetanse hos andre (jfr. pasrl. § 4-3, 2. ledd). Samtykkekompetansen vil således være begrenset der den umyndiggjorte pasienten "åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter". Formodentlig bør det legges til en ytterligere tolkningsbegrensning knyttet til "tiltakets art" i tråd med de begrensninger som gjelder barn og ungdom. I en del situasjoner vil trolig aspekter knyttet til tiltakets art være minst like vesentlig som den umyndiggjortes personelle kompetanse, for å vurdere hvorvidt den (med-) ansvarlige vergen bør involveres. Formodentlig vil dette ofte kunne omfatte inngrep som kanskje ikke er vanskelige å forstå for den umyndiggjorte i seg selv, men som i en annen sammenheng synes rimelig å avklare med verge, som for eksempel plastiske operasjoner eller inngrep som vesentlig endrer den umyndiggjortes livssituasjon.

Representasjon ved manglende samtykkekompetanse for umyndiggjorte

Det fremgår av pasrl. § 4-7 at det er vergen som samtykker på vegne av den umyndiggjorte om denne selv ikke har samtykkekompetanse. Bestemmelsen er i sin ordlyd klar, men har i teorien vært kritisert i det vergens funksjon ikke synes å begrunne denne form for kompetanse, og da pårørende i disse tilfeller vil utelukkes uten at dette er godt begrunnet i reelle hensyn²².

På samme måte som for barn og ungdom kan det også her bli et spørsmål om representasjonen bør være et representantsamtykke eller et tilsutningssamtykke.

3.1.3.2 Mangelfull samtykkekompetanse grunnet sykdomstilstand som har ført til redusert forståelse

I tråd med pasrl. § 4-3, 2. ledd må helsepersonellet videre avgjøre om samtykkekompetansen kan ha falt bort. Hensikten er å avgjøre om "... de personlige forutsetningene for å foreta «frie valg» eller å avgi et «informert samtykke» er redusert"²³. Lovens formulering forutsetter således at helsepersonell reelt vurderer om samtykkekompetansen er til stede også etter denne bestemmelsen før helsehjelp ytes, jfr. pasrl. § 4-3, 3. ledd.

Manglende samtykkekompetanse etter annet ledd forutsetter oppfyllelse av to vilkårsgrunnlag. For det første må det foreligge "... fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming...", og for det andre må dette ha ført til at pasienten "åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket".

Sykdomstilstand

Det første vilkårsgrunnlaget i § 4-3, 2. ledd, som forutsetter "... fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming...", dekker tilnærmet alle ICD-10 diagnoser. Det kan bemerkes at jeg har antydning at "tilnærmet" alle diagnoser dekkes da noen få diagnoser formodentlig må holdes utenfor. Ut ifra en rent språklig betraktning vil noen diagnoser til tross for sitt diagnosekriterium nærmest måtte kunne betraktes som normalt tilfeller. På et rent personlig plan vil jeg kanskje antyde at eksempelvis diagnoser som L64, Alopeci Androgenica (håravfall hos menn) neppe bør kunne betraktes som en sykdomstilstand som kan medføre redusert samtykkekompetanse.

Vilkårsgrunnlagets ordlyd gir derfor liten veiledning i når samtykkekompetansen kan ha falt bort. Bestemmelsen gir imidlertid anvisning på krav til sammenheng med det andre vilkårsgrunnlaget, og det må derfor være klart at det kun kan dreie seg om tilstander som reduserer den mentale kapasiteten (evnen til å forstå). Strengt fortolket vil imidlertid selv mindre smerter kunne påvirke den mentale kapasitet (eksempelvis bare med et ørlite avvik i konsentrasjonsevnen). Spørsmålet blir derfor om "... fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming..." (heretter benevnt som "sykdomstilstand") forutsetter en reduksjon av en viss kvalifisert art. Forarbeidene²⁴ og rundskrivets²⁵ kommentar til bestemmelsen om at "en mindre psykisk reduksjon i forstandsevnen, herunder lettere alderdomssvekkelse, er ikke tilstrekkelig", er således forenlig med at det skal noe til før vilkåret er oppfylt. Selv om lettere alderdomssvekkelse vil være en "psykisk forstyrrelse" er dette altså ikke nok for at det første vilkårsgrunnlaget er oppfylt. Denne forståelsen er også uttrykt i en del juridisk teori.

Det er imidlertid viktig å avgrense dette vilkårsgrunnlaget fra andre grunner som kan medføre redusert forståelse, og som derved ikke kan vektlegges ved vurdering av samtykkekompetansen. Åpenbare eksempler som ikke er relevant å ta i betraktning vil kunne være der hvor manglende forståelse skyldes manglende utdanning, manglende språkforståelse og/eller kulturelle ulikheter i begrepshåndtering. Det gjelder således å avgrense om den bristende forståelsen skyldes andre (personlige) forutsetninger

enn sykdomstilstander. Etter lovens ordlyd må det være klart at andre forhold enn sykdomstilstander ikke medfører manglende samtykkekompetanse (nærmere om dette nedenfor).

Redusert forståelse

Formodentlig vil oftest helsepersonell først søke å avgjøre om det andre vilkårsgrunnlaget etter pasrl. § 4-3, 2. ledd er oppfylt. Pasienten skal uavhengig av samtykkekompetansen informeres (etter pasrl. § 3-2) og få bidra til medvirkning (etter pasrl. § 3-1). I denne prosessen vil det ofte være naturlig å avklare om pasienten åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter. Dersom pasienten forstår de forhold som samtykket skal omfatte er det ingen hensikt å vurdere om det foreligger en kvalifisert sykdomstilstand.

Vilkårsgrunnlaget forutsetter at helsepersonellet og pasienten går inn i en dialog som sikrer forståelse av den helsehjelp som skal gis, og som videre legger til rette for gjensidig samarbeid. Graden av informasjon og samarbeid må som nevnt leses i sammenheng med bestemmelsene i pasrl. § 3-1 (pasientens rett til medvirkning) og § 3-2 (pasientens rett til informasjon).

Et sentralt tolkningsproblem for vurdering av samtykkekompetansen etter pasrl. § 4-3, 2. ledd består formodentlig i å definere hvor mye man skal forvente at pasienten må forstå. Verken loven, forarbeidene eller aktuelle rundskriv gir noen konkrete retningslinjer hvor hva som skal ligge i denne vurderingen. Helsedirektoratets rundskriv²⁶ anviser i tråd med uttalelser fra forarbeidene dog følgende:

”For at pasienten skal bli fratatt kompetanse kreves det at vedkommende åpenbart ikke er i stand til å forstå begrunnelsen for at helsehjelpen blir gitt og hva samtykket omfatter, det vil si tiltakets art og de nærmere implikasjoner av helsehjelpen.”

For større inngripende tiltak har det i teorien videre vært anført at retningslinjene i Helsinkideklarasjonen må kunne anvendes analogt²⁷. Det har formodningen for seg at analogien også bør kunne gjelde enklere tiltak, dog slik at informasjonsomfanget da er avgrenset tilsvarende i det tiltaket er enklere og derav mindre i sitt omfang.

Konkret hvor man skal legge terskelen, eller sette kravet, til grad av forståelse lar seg neppe besvare entydig, og fravær av nærmere retningslinjer på dette punkt kan indikere at lovgiver har ønsket å overlate spørsmålet til helsepersonellens vurdering²⁸.

Loven forutsetter formodentlig at helsepersonellet i det minste søker å avklare om pasienten har en adekvat forståelse av det som er blir meddelt. Nivået på forståelsen må vurderes ut ifra hvilke forventninger man med rimelighet kan stille til pasienten. Utgangspunktet skal m.a.o. være at alle myndige pasienter, uavhengig av deres forutgående ressurser, har sin samtykkekompetanse i behold for ethvert helsehelptiltak. Loven åpner m.a.o. ikke for at en forutgående lav grad av forstandsevne, som ikke skyldes sykdomstilstand, kan medføre manglende samtykkekompetanse hos en myndig person.

Det vil like fullt være individuelle forskjeller på hvor stor reduksjon i forståelse som kreves før samtykkekompetansen faller bort. Hvis man for et gitt helsetiltak setter en generell ”nedre grense” (en terskel) for forståelse før samtykkekompetansen faller bort, vil eksempelvis pasienter med høy grad av forutgående forstandsevne måtte få en relativt større reduksjon i sin generelle evne til å forstå før de kommer under denne terskelen enn tilfellet ville være for en pasient med lav grad av forutgående forstandsevne. Det grunnleggende kravet til forståelse (den ”nedre grensen”) kan imidlertid aldri overgå pasientens forutgående forstandsevne (sett bort fra eventuell reduksjon som skyldes sykdomstilstand).

Den grunnleggende forutsetningen for vurderingen vil dermed måtte bestå i at helsepersonellet gir pasienten all nødvendig informasjon (jfr. pasrl. § 3-2), og at man deretter gjennomgår helsetiltaket for å avklare om pasienten har forstått innholdet av hva helsehjelpen omfatter.

Dersom pasienten ikke viser tilstrekkelig forståelse oppstår det to spørsmål. Det første spørsmålet blir å avklare hva som er årsaken til den manglende forståelsen. Det er kun redusert forståelse som følge av sykdomstilstand som kan begrunne manglende samtykkekompetanse. Det andre spørsmålet er hvilken plikt/hvilke tiltak helsepersonell har til å søke avhjulpet den manglende forståelsen pasienten har. Sagt på en annen måte, hvor mye plikter helsepersonell å gjøre for at pasienten skal få tilstrekkelig forståelse? Det følger av pasrl. § 4-3, 3. ledd at helsepersonellet skal legge forholdene best mulig til rette under hensyn til pasientens alder, psykiske tilstand og modenhet. Dersom den manglende forståelsen skyldes forhold som ikke knytter seg til sykdomstilstand (som manglende språk m.v.) vil alle mulige tiltak måtte søkes i det pasienten har et klart krav på informasjon (pasrl. § 3-2), har rett til medvirkning (pasrl. § 3-1) og da pasientens forståelse er en forutsetning helsepersonellet må besørge for at gyldig samtykke skal kunne avlegges. Dersom den manglende forståelsen skyldes sykdomstilstand vil det tilsvarende kunne reises spørsmål ved om ikke helsepersonellet har en plikt til å søke avhjulpet den manglende forståelsen så langt som mulig. Loven gir imidlertid ingen klar anvisning på hvor mye helsepersonell er pliktig å gjøre for å søke avhjulpet manglende forståelse grunnet sykdomstilstand. Med hensyn til pasienters grunnleggende rett til egen autonomi, og de spesifikke regler som er inntatt i pasrl. §§ 3-1 og 3-2, synes det imidlertid riktig å legge til grunn at helsepersonellet bør strekke seg relativt langt i sine forsøk på å få pasienten til å forstå. I mangel av konkrete retningslinjer vil imidlertid detaljene i spørsmålet om hvor mye man kan forvente at helsepersonellet skal gjøre formodentlig måtte finne sin løsning i praksis (se nærmere min kommentar i pkt. 4.3.4).

I det innholdet av helsehjelpen vil kunne variere betydelig for hvert enkelt tilfelle vil omfanget av hva samtykket omfatter på samme måte variere. Spørsmålet om manglende kompetanse vil derfor alltid være situasjonsbetinget og individuell. Av forarbeidene er dette særskilt bemerket²⁹:

”Selv om pasienten generelt sett har manglende evne til forstå informasjon og til å sette seg inn i premissene for å avgi samtykke, kan det tenkes at vedkommende på enkelte områder har god nok forståelse til å avgi gyldig samtykke. Det kan f.eks. gjelde for enklere inngrep og undersøkelser og for deler av sin helsetilstand som pasienten har bedre forutsetninger for å ivareta enn på andre. Det er viktig at pasientens selvbestemmelsesrett ikke bortfaller i større utstrekning enn det er grunnlag for, m a o et delvis bortfall av samtykkekompetansen”

Pasrl § 4-3 annet ledd presiserer også at samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis, og loven legger således opp til at inngrepet i samtykkekompetansen aldri skal strekke seg lenger enn pasientens begrensninger og tiltakets art tilsier. Vurderingen av samtykkekompetansen innebærer dermed ikke bare et spørsmål om pasienten forstår hva helsehjelpen i sin helhet omfatter eller ikke. Dersom det synes å foreligge noe manglende forståelse av helsehjelpen (grunnet sykdomstilstand) må det videre klarlegges hva som i det hele tatt forstås (om noe), slik at det innhentes samtykke for de beslutninger som pasienten eventuelt kan forstå og forholde seg til.

Kravet til årsakssammenheng mellom sykdomstilstand og den reduserte forståelsen

Dersom pasienten åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter vil helsepersonellet måtte avgjøre hva den manglende forståelsen skyldes. Bortfall av samtykkekompetanse skal kun omhandle de forhold hvor sykdomstilstand har ført til at pasienten ikke forstår hva samtykket omfatter. Manglende samtykkekompetanse forutsetter m.a.o. en klar årsakssammenheng mellom

sykdomstilstand og den reduserte forståelsen jfr. ordlyden i pasrl. § 4-3, 2. ledd "... dersom pasienten på grunn av [sykdomstilstand] ikke er i stand til å forstå..." (min understrekning). Avgrensningen av samtykkekompetansen skal m.a.o. kun tilsvare den reduksjon i forståelsen som skyldes sykdomstilstand. Dersom pasienten av andre årsaker (for eksempel p.g.a. manglende utdanning, språkproblemer, kulturelle forskjeller m.v.) ikke evner å forstå helsehjelpen i tilstrekkelig grad gir ikke dette bortfall av samtykkekompetanse etter § 4-3, 2. ledd.

Dette reiser en del praktiske utfordringer. En del pasienter med aktuelle mangler i samtykkekompetansen kan eksempelvis ha problemer med å forstå hva samtykket omfatter både p.g.a. en sykdomstilstand og p.g.a. språkproblemer (fremmedspråklige). I et slikt tilfelle påligger det helsepersonellet å avklare hvilken del av den manglende forståelsen som skyldes språkproblemer, og hvilken del av den manglende forståelsen som skyldes sykdomstilstand. Forholdene som skyldes språkproblemer kan ikke medføre manglende samtykkekompetanse etter § 4-3, 2. ledd (og må klarligvis avhjelpes på annen måte). Tilsvarende vil det særlig ved avanserte/kompliserte inngrep kunne oppstå spørsmål om pasienten mangler forståelse grunnet sykdomstilstanden eller om den manglende forståelsen (helt eller delvis) skyldes at inngrepet generelt er vanskelig å forstå for "menigmann". Helsepersonellet er da pålagt å gjøre en grundig jobb i å informere pasienten tilstrekkelig (jfr. pasrl. Kap 3), og samtykkekompetansen vil stort sett alltid forbli hos pasienten hvis denne er myndig og den manglende forståelsen ikke skyldes sykdomstilstand

Krav til bevis for samtykkekompetansen

Det bør bemerkes at bestemmelsen forutsetter at det må være "åpenbart" at pasienten ikke forstår hva samtykket omfatter. Bestemmelsen forutsetter således en klar og streng bevisvurdering for at pasienten mangler forståelse (eller som angitt i forarbeidene: "Er helsepersonellet i tvil, skal pasienten ha rett til å samtykke til behandlingen")³⁰.

Det kan reises spørsmål ved om et tilsvarende beviskrav også gjelder årsakssammenhengen mellom reduksjon i forståelsen og sykdomstilstand. Sagt på en annen måte: Må det være åpenbart at den manglende forståelse skyldes sykdomstilstand? Jeg har ikke funnet noen klare svar på dette i forarbeider eller teori. Etter min oppfatning vil dette være å bringe beviskravene for bortfall av samtykkekompetanse etter § 4-3, 2. ledd for langt om både manglende forståelse og sammenhengen til sykdomstilstand skal være åpenbar. Å avklare om pasienten åpenbart mangler forståelse vil ofte ikke by på alt for store praktiske problemer. Å avklare at dette åpenbart skyldes sykdomstilstand vil derimot kunne by på vesentlig større utfordringer. En slik grad av sikkerhet til årsakssammenhengen vil eventuelt forutsette at helsepersonellet i hvert enkelt tilfelle grundig utreder hvilke personlige forutsetninger pasienten hadde før sykdomstilstanden, slik at andre årsaker til manglende forståelse med stor grad av sikkerhet utelukkes. Dette er etter mitt skjønn et alt for strengt krav, og vil i mange tilfelle kreve alt for store ressurser. Reelle hensyn tilsier derfor at spørsmålet om årsakssammenheng må avgjøres etter ordinære bevisvurderinger med krav til sannsynlighetsovervekt.

Representasjon av samtykkekompetanse for myndige uten samtykkekompetanse

Den påfølgende problemstillingen blir så hvordan man eventuelt skal forholde seg til en myndig pasient som ikke har samtykkekompetanse etter § 4-3, 2. ledd.

Spørsmålet er regulert i pasrl. § 4-6. I § 4-6, 1. ledd fremgår det at helsepersonellet (den som yter helsehjelpen) kan ta avgjørelsen dersom hjelpen er "av lite inngripende karakter". Begrepet må leses mot alternativet i annet ledd, som forutsetter at den som yter helsehjelpen ikke uten videre kan treffe beslutningen alene dersom helsehjelpen er et "alvorlig inngrep". Avgrensningen mellom tiltak av "lite inngripende karakter" og "alvorlige inngrep" reiser en del tolkningsspørsmål. I forarbeidene er det bl.a. uttalt følgende om hva "lite inngripende karakter" omfatter³¹:

”At tiltaket er av lite inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet betyr at operative inngrep ikke kan foretas, med mindre det følger av nødrettslige prinsipper eller at inngrepet er helt bagatellmessig, f.eks. fjerning av fotvorter som hemmer gangen. Helsepersonellet kan heller ikke gi pasienten medisiner som kan gi alvorlige bivirkninger som f.eks. kortison, med hjemmel i et antatt samtykke. I de situasjoner hvor det ikke kan fastslås med sikkerhet at de gunstige virkningene av medisinen vil oppveie mulige bivirkninger, kan helsepersonell ikke legge til grunn et antatt samtykke. Dette vil kunne være tilfelle ved behandling av høyt blodtrykk med medisiner. Dersom tiltaket i utgangspunktet er lite inngripende, men tiltaket går over så lang tid at det med sannsynlighet vil medføre komplikasjoner eller bivirkninger, kan tiltaket heller ikke iverksettes med hjemmel i § 4-6 første ledd.”

Denne veiledende formuleringen er også ordrett gjengitt i rundskrivet for pasientrettighetsloven³².

Etter mitt syn synes begrensningen av hva helsepersonellet selv kan beslutte etter § 4-6, 1. ledd å være relativt snevert avgrenset. Dette synes særlig å være tilfellet når forutsetningen er at det må kunne ”fastslås med sikkerhet at de gunstige virkningene av medisinen vil oppveie mulige bivirkninger”. Hvilken grad av sikkerhet helsepersonellet må kunne legge til grunn er ikke kommentert. En rent medisinsk vitenskapelig sikkerhet vil ganske ofte ikke kunne garanteres for hvert enkelt tilfelle. Medisiner virker som kjent ikke i alle tilfeller, det er kjent at noen får bivirkninger, og i blant tar man feil av diagnosen. En rent bokstavelig fortolkning av forarbeidene og rundskrivet på dette punkt gir derfor lite rom for at helsepersonellet kan samtykke på vegne av pasienten etter første ledd. Utrykket bør formodentlig ikke tolkes så stringent, og i likhet med mange av de øvrige begrepene vil formodentlig dette måtte finne sin løsning gjennom praksis.

Sondringen mellom inngrep etter første og annet ledd har imidlertid ikke konsekvenser for hvem som har den endelige representasjonsfullmakt (hvem som sitter på samtykkekompetansen). Det fremgår uttrykkelig av bestemmelsen at den ansvarlige behandler fortsatt sitter på samtykkekompetansen. Til forskjell fra tiltak etter første ledd skal imidlertid ”...informasjon fra pasientens nærmeste pårørende...” innhentes, og beslutningen skal tas i ”...samråd med annet kvalifisert helsepersonell...”, der det er mulig. Informasjonsutveksling med de nærmeste pårørende bør formodentlig uansett tilsikres i tråd med pasrl. § 3-3, og på et generelt grunnlag tilliger det helsepersonell å kvalitetssikre sine beslutninger på best mulig måte. Disse kriteriene vil derfor ofte også gjelde tiltak etter første ledd.

I andre ledd er det også angitt at helsehjelp bare skal ytes ”dersom det anses å være i pasientens interesse”. Dette innebærer neppe noen realitetsforskjell fra vurderingen som skal gjøres etter første ledd. Der hvor helsepersonellet overtar pasientens samtykkekompetanse må denne åpenbart forvaltes etter pasientens interesser (hvilket også er bemerket i forarbeidene³³).

”Kravet om antatt samtykke forutsetter at helsepersonell vurderer og tar stilling til hva pasienten ville ha ønsket om vedkommende hadde hatt evne til å treffe avgjørelse i spørsmål som gjelder hans/hennes helse. Helsepersonellet må altså til en viss grad sette seg inn i pasientens behov, jf § 4-6 første ledd.”

Representasjonsreglene for myndige personer uten samtykkekompetanse overfører således en betydelig grad av ansvar til helsepersonellet i det den endelige samtykkekompetansen i realiteten alltid vil forbli hos disse selv om informasjon skal innhentes hos pårørende og annet kvalifisert personell. Det kan diskuteres om man på samme måte som for barn, ungdom og umyndige bør kunne anføre

muligheten for et tilsutningssamtykke (altså et samtykke som forutsetter at både pasient og helsepersonell samtykker). Dette synes etter min oppfatning ikke like praktisk og aktuelt. I mangel av holdepunkter i lovtekst eller teori går jeg ikke nærmere inn på dette spørsmålet her.

3.1.4 Hvem vurderer samtykkekompetansen

Drøftelsene ovenfor avklarer ikke direkte hvem som skal avgjøre om pasienten har samtykkekompetanse. Det kunne eksempelvis tenkes at det burde tilligge vergen å avgjøre om den umyndiggjorte selv bør kunne bestemme (og således ha samtykkekompetanse), eller at det burde tilligge foreldrene å avgjøre om barn over 12 år burde ha samtykkekompetanse for de konkrete helsetiltak som vurderes iverksatt.

Vurderingen av om pasienten faktisk har samtykkekompetanse skal imidlertid alltid utføres av helsepersonellet. For de forhold som gjelder bortfall av samtykkekompetanse hos myndige personer etter pasrl. § 4-3, 2. ledd er dette særskilt angitt i pasrl. § 4-3, 3. ledd. Tilsvarende må det imidlertid være klart at det er helsepersonellet som har plikt til å avklare om pasienten er samtykkekompetent etter øvrige bestemmelser (for eksempel avklare pasientens alder, om pasienten er myndig og/eller om samtykkekompetansen er suspendert av andre grunner). Loven forutsetter at helsepersonellet gir informasjon og innhenter samtykke før helsehjelpen gis, og det må da også påligge helsepersonellet å vurdere om samtykket er avgitt av samtykkekompetent person. For de øvrige bestemmelsene som spesifiserer innholdet av samtykkekompetansen fremgår ikke dette konkret, men denne forståelsen er uttrykkelig forankret i forarbeidene³⁴:

”Det er den som yter helsehjelp, dvs den som har det faglige ansvar for behandlingen, som skal sørge for at gyldig rettsgrunnlag for helsehjelpen foreligger. Dette innebærer at helsepersonellet skal sørge for at samtykke er avgitt og at det er avgitt på riktig måte, dvs at de personlige forutsetningene foreligger (kompetanse til å avgi samtykke)...”.

Forarbeidene påpeker her også at ”helsepersonellet” i denne anledning anses å være den faglige ansvarlige, hvilket i flertallet av tilfellene vil være legen.

3.1.5 Samtykkets form

Spørsmålet om kravet til samtykkets form henger ikke sammen med vurderingen av pasientens samtykkekompetanse. Tolkningen av kravet til samtykkets form reiser imidlertid noen spørsmål i forhold til hvordan man vurderer samtykkekompetansen.

Kravet til samtykkets form er angitt i pasrl. § 4-2, som lyder:

§ 4-2. Krav til samtykkets form

Samtykke kan gis uttrykkelig eller stilltiende. Stilltiende samtykke anses å foreligge dersom det ut fra pasientens handlemåte og omstendighetene for øvrig er sannsynlig at hun eller han godtar helsehjelpen.

Departementet kan gi forskrifter om krav til skriftlighet eller andre formkrav ved visse former for helsehjelp.

Det foreligger således ikke noe formkrav til samtykket. En relativt vanlig tolkning av bestemmelsen legger således til grunn at dersom pasienten har fått tilstrekkelig informasjon (pasrl. § 3-1), mulighet til å medvirke (pasrl. § 3-2) og ikke motsetter seg hjelpen må helsepersonellet kunne legge til grunn at det

foreligger et stilltiende samtykke³⁵. Dette er formodentlig også grunnlaget for det store flertall av samtykkevurderinger som ligger til grunn i helsepleien. En slik avgrenset informasjonsutveksling vil imidlertid ikke alltid være forenlig med en tilstrekkelig vurdering av samtykkekompetansen. Dersom pasienten forholder seg passiv til situasjonen vil helsepersonellet ikke nødvendigvis ha noen klar formening av hvor mye pasienten har forstått, og i så tilfelle heller ikke ha noe grunnlag for å avgjøre om pasienten har gitt sitt samtykke på et kompetent grunnlag.

3.1.6 Kort om pasienter som motsetter seg helsehjelp

3.1.6.1 Konsekvenser av manglende samtykke fra samtykkekompetent pasient

I forlengelsen av diskusjonen om vurdering av samtykkekompetanse er det naturlig å knytte noen korte bemerkninger til konsekvensene av hva et manglende samtykke eventuelt vil innebære.

Manglende samtykke fra en samtykkekompetent pasient vil som utgangspunkt innebære at helsehjelp ikke kan gis, jfr. pasrl. § 4-1, 1. ledd. Den altoverveiende hovedregel innebærer m.a.o. at et samtykke må innhentes før helsehjelpen ytes. Det samme vil gjelde der pasienten ikke er samtykkekompetent, men de som representerer pasienten ikke gir samtykke. Det vises her til representasjonsreglene i pasrl. §§ 4-4 til 4-7 som er drøftet ovenfor.

I noen situasjoner vil imidlertid fravær eller nektelse av samtykke fra en samtykkekompetent person (eller ved en riktig representert person) ikke være avgjørende for om helsehjelpen skal gis. Innenfor somatikken vil dette som nevnt over kunne omfatte påtrengende nødvendig helsehjelp (jfr. hlspl. § 7) eller smitteverntiltak (jfr. smittel.kap 5).

3.1.6.2 Konsekvenser av at pasienter som ikke er samtykkekompetente motsetter seg

En tilgrensende problemstilling blir her hvordan man skal forholde seg til pasienter som ikke er samtykkekompetente, og hvor den som representerer pasienten (for eksempel foreldre, lege, verge) avgir samtykke, men hvor pasienten like fullt motsetter seg helsehjelpen.

Som nevnt over innebærer ikke samtykke ved riktig representasjon av en pasient som ikke har samtykkekompetanse det samme som et tvangsgrunnlag for bruk av helsehjelp. Et tvangsgrunnlag må hjemles spesifikt. Dette er nå vedtatt regulert i nytt kap. 4A i pasientrettighetsloven. Kapittelet gjelder ikke barn under 16 år (som kort er kommentert over i 3.1.3.1), men er for øvrig ikke avgrenset etter hvilke forhold som begrunner fravær av samtykkekompetansen, jfr. § 4A-2.

Lovforslaget er vedtatt med ikrafttredelse 1. januar 2009. Den sentrale hjemmelsbestemmelsen for utøvelse av tvang er inntatt i § 4A-3. Bestemmelsen gir en snevrere adgang til å yte helsehjelp enn vilkårene for overføring av representasjon, og det er som nevnt således heller ingen sammenheng mellom overføring av samtykke til representasjon og adgangen til å gi helsehjelp til pasient som motsetter seg dette. Formålet med bestemmelsene er av forarbeidene kommentert som følger³⁶:

”Utgangspunktet for lovforslaget er at pasientar i størst mogleg grad skal få den helsehjelpa som dei presumptivt ville ha takka ja til dersom dei evna å samtykkje til henne. I denne samanhengen er det viktig å understreke at ein pasient, sjølv om han manglar samtykkekompetanse, kan ha rasjonelle grunnar for å motsetje seg helsehjelpa.”

Bestemmelsen gir imidlertid vesentlig videre rammer for å gi helsehjelp enn hva situasjonen ville tilsi dersom en pasient med samtykkekompetanse hadde nektet. Adgangen til å yte helsehjelp ved motstand er i dette tilfellet således vesentlig videre enn ovennevnte hjemmelsgrunnlag etter hlspl. § 7. Hlspl. § 7 oppstiller som nevnt et krav om en nødrettstilstand, hvor helsehjelpen må være ”påtrengende

nødvendig”. For ytelse av helsehjelp mot pasientens vilje etter pasrl. § 4A-3, 2. ledd er det i stedet oppstilt tre sentrale kumulative vilkår; (1) vesentlig helseskade unngåes, (2) helsehjelpen er nødvendig, og (3) tiltaket står i forhold til behovet.

Etter mitt syn synes de kumulative vilkårene i andre ledd å være overlappende. Vilåret i andre ledd bokstav c) (stå i forhold til behovet), men for en del også vilåret i andre ledd bokstav b) (nødvendighet), har for øvrig liten selvstendig betydning når man leser kravet i andre ledd bokstav a) (unnlattelse vil føre til vesentlig helseskade) sammen med vilåret i tredje ledd (som forutsetter at inngrepet bare kan gjøres om ”dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for pasienten”). Jeg kan vanskelig se for meg en situasjon hvor tiltaket ikke er nødvendig og/eller ikke står i forhold til behovet, men hvor det samtidig er den klart beste løsningen for pasienten. Departementet³⁷ fant det like fullt formålstjenlig å spesifisere samtlige vilkår som en angivelse av retningslinjer for helsepersonellet.

Forarbeidene til loven gir for øvrig liten klinisk veiledning i hvordan avgrensningen av bestemmelsen skal tolkes. Det er i relativt utfyllende grad beskrevet hvilke hensyn som ligger bak lovforslaget og som er søkt ivaretatt (herunder hensynet til krav på riktig helsehjelp, hensynet til individets integritet m.v.), men det gis for øvrig lite konkret veiledning i hvordan dette skal vurderes i praksis. I tråd med en rekke av de øvrige bestemmelsene i pasientrettighetsloven (som har vært drøftet ovenfor) vil formodentlig dette måtte overlates til en fortolkningspraksis i helsevesenet. Helsedirektoratet har nylig publisert et rundskriv som er ment å gi noe ytterligere veiledning i tolkningen av disse bestemmelsene³⁸. Kommentarene reflekterer langt på vei de uttalelser som er gjengitt i forarbeidene ovenfor, men noen ytterligere praktiske eksempler er inntatt. Av hensyn til avgrensning går jeg imidlertid ikke nærmere inn på disse her.

3.2 Undervisning i samtykkekompetanse

Som nevnt i metodeavsnittet ble det sendt ut en spørreundersøkelse som tok sikte på å avklare om det ble gitt undervisning i vurdering av pasienters samtykkekompetanse. Jeg mottok svar fra samtlige fakulteter, hvor det fremgikk at:

- Tre av fire fakulteter bekreftet at medisinstudentene ble undervist i hvordan man vurderer om pasienten har samtykkekompetanse. Undervisningens form, innhold og mengde synes å variere.
- Samtlige av de tre fakultetene som besvarte det første spørsmålet positivt presiserte at de underviste i de konkrete hjemmelsgrunnlag som fremgår av pasrl. Kap 3, 4 og 4A.
- Disse tre fakulteter opplyste videre at undervisningen bestod av teoretisk gjennomgang i forelesningsform som ble problematisert med case, og i noen tilfeller ytterligere undervisningsformer. Ingen nevnte at det ble gjennomgått eller anbefalt bruk av tester for samtykkekompetanse. Kun ett fakultet bekreftet at studentene fikk trene seg i vurdere samtykkekompetanse med pasienter, men dette gjaldt ikke alle studentene.
- Undervisningen av samtykkekompetanse ved de tre fakultetene var lagt til henholdsvis den prekliniske undervisningen, psykiatri undervisningen og geriatri undervisningen.
- Ved to av disse tre fakulteter ble det presisert at temaene tidvis gikk igjen i eksaminasjon.
- Kun ett fakultet nevnte at temaet inngikk i PBL oppgave (Problem Basert Læring benyttes ved tre av de fire fakultetene).

4. Diskusjon

Som gjennomgått over bør det kunne bemerkes at de juridiske retningslinjene er relativt omfattende. Til tross for dette er de juridiske føringer som ligger til grunn for vurdering av samtykkekompetanse i seg selv på ingen måte endelig avklarende for når samtykkekompetanse foreligger i enhver situasjon. Den gir også et relativt stort rom for utøvelse av skjønn.

I praksis innebærer dette at helsepersonell sitter med en betydelig grad av definatorisk- og diskresjonær makt. Det innebærer også at helsepersonell sitter med betydelig ansvar for å ivareta de grunnleggende hensyn som reglene om samtykkekompetanse er ment å ivareta.

Spørsmålet blir så hvordan helsepersonell (helsevesenet) kan sikre seg at disse hensyn ivaretas, og videre hvordan man kan kvalitetssikre beslutningsgrunnlagene for vurdering av samtykkekompetanse.

Etter min oppfatning fordrer dette for det første at helsevesenet sikrer at personalet har tilstrekkelig kompetanse. Dette er primært et spørsmål om god nok opplæring (4.1). Videre fordrer dette at helsevesenet sikrer gode prosedyrer for å kvalitetssikre disse vurderingene. Dette handler i hovedsak om å organisere hvordan man skal avklare de uklare tolkningsspørsmål som loven reiser (4.2). På et mer konkret grunnlag reiser dette åpenbart også spørsmål om hva de konkrete tolkningsresultatene bør bli (4.3).

4.1 Behov for kompetanse hos helsepersonell

Med de utfordringer som ligger i tolkning og praktisering av gjeldende regler må det forventes at helsepersonellet investerer en del tid og ressurser i opplæring og gjennomgang av reglene for at disse skal bli forvaltet på riktig måte. Helsepersonell, og kanskje i særdeleshet leger som tilnærmet alltid vil være ansvarlige for sine pasienter, må m.a.o. sikres tilstrekkelig kompetanse i et så aktuelt tema.

Min forutgående hypotese var at temaet i realiteten ikke ble behandlet i undervisning i det hele tatt, men denne hypotesen må (i det minste for tre av fire fakulteter) anses motbevist. Resultatene fra spørreundersøkelsen synes å indikere at dette temaet i det minste blir inkludert i grunnutdannelsen av leger på tre av fire studiesteder. Med ett unntak er det gitt tilbakemelding om at ikke bare spørsmålet om samtykkekrav generelt, men at den konkrete vurderingen av samtykkekompetanse spesielt, blir behandlet i undervisning. Herunder har de tre fakulteter som besvarte spørsmålet positivt vist til at det ikke bare undervises i reglene som angår samtykkekompetanse på generelt forelesningsgrunnlag, men at det også gies konkrete caseoppgaver til diskusjon i seminar (alternativt i pbl-grupper). Resultatene tyder imidlertid på stor variasjon i fokus på dette temaet, og ingen av fakultetene har opplyst at alle studentene trenes klinisk. Undersøkelsen gir i seg selv ikke grunnlag for å konkludere klart, men et så sentralt tema burde etter min oppfatning vært en del av den kliniske undervisningen ved samtlige fakulteter. Den store variasjon som kommer til uttrykk i undervisning mellom de ulike fakulteter indikerer at det ikke er gjennomgående klart fokus på dette området. Selv om temaet i varierende grad dekkes teoretisk kan det synes som om vurdering av samtykkekompetanse ikke tillegges nok vekt i undervisning.

4.2 Behov for kvalitetssikrende løsninger

For å sikre gode beslutningsgrunnlag der loven åpner for skjønn eller er uklar bør det videre foreligge organisatoriske løsninger som kvalitetssikrer beslutningsprosessen.

Det finnes en del alternative løsningsforslag på hvordan (hvilken måte) man skal kunne legge til rette for en omforent og avklarende skjønnspraksis. Spørsmålene kan (i) overlates til helsevesenet i håp om at en mulig omforent praksis etter hvert vil kunne gi veiledning i de ulike tolkningsspørsmålene, (ii) spørsmålene kan søkes referert tilbake til lovgiver eller rettsvesenet med sikte på å få mer detaljerte avklaringer eller (iii) spørsmålene kan søkes løst gjennom ulike faggrupper som kan søke å gi nærmere retningslinjer eller veiledende uttalelser for hvordan praksis bør være.

Jeg tror ikke det er formålstjenelig å la spørsmålene finne sin løsning i den frie praksis i helsevesenet, slik det første løsningsalternativet legger opp til. Dette vil klarlig nok være det mest tidseffektive i

hvert enkelt tilfelle, men etter mitt syn vil det neppe sikre ensartet praksis. Skjønnsutøvelsen vil formodentlig bli temmelig tilfeldig utøvd dersom lovens skjønnsgrunnlag overlates helt åpent til hvert enkelt helsepersonell. I fravær av noen andre løsninger synes imidlertid dette å være ordningen i dagens helsevesen.

Jeg tror heller ikke det vil være effektivt å henvise spørsmålene tilbake til lovgiver og rettsvesen igjen, slik det andre løsningsalternativet legger opp til. Saksbehandlingstiden vil normalt være lang. Beslutningene tas enda lenger fra der de konkrete problemene foreligger i det avstand fra lovgiver og rettsvesen til de konkrete kliniske vurderingstilfellene er lang. Det har for øvrig formodningen for seg at lovgiver har hatt til hensikt at disse skjønsspørsmål ikke skal løses av lovgiver direkte all den tid loven har blitt utformet med så mange aktuelle skjønnstemaer. Sagt på en annen måte så synes det å ha vært lovgivers intensjon at disse spørsmålene skal overlates til helsevesenet.

Etter mitt syn bør derfor det tredje løsningsalternativ søkes. Med riktig organisering vil ulike faggrupper kunne adressere problemene på en systematisk måte, de vil kunne sikre snarlige omforente løsninger, de vil kunne settes sammen med ulik og variert kompetanse slik at ulike hensyn ivaretas på en god måte, og de vil kunne håndtere konkrete henvendelser og problemer relativt effektivt.

Det vil formodentlig kunne reises en del spørsmål om hvordan slike faggrupper bør organiseres; Bør de organiseres som fagets komiteer, bør de organiseres som arbeidsgrupper tilhørende ulike sykehusavdelinger, eller finnes det andre organisatoriske forslag som er bedre egnet? Etter mitt skjønn synes den eksisterende ordningen med kliniske etikk-komiteer å være den mest nærliggende løsningen for å håndtere denne type henvendelser. Slike komiteer er allerede opprettet ved over 30 helseforetak, og har som en av sine arbeidsoppgaver å svare på konkrete henvendelser som tidvis er av tilsvarende art. På denne måten tilsikres pasienter at en utenfor behandlingsgruppen bidrar med uavhengige råd, og den som gir rådene kommer fra en gruppe som besitter særskilt kompetanse på området. Dette tilsikrer at beslutningene så langt som mulig er forenlig med gjeldende rett og aktuell praksis.

En alternativ organisatorisk kvalitetssikringsordning inngår i det engelske systemet etablert under "The Mental Capacity Act"³⁹. Ordningen gir anvisning på ulike retningslinjer og prosedyrer for hvordan vurdering av samtykkekompetanse skal behandles. Eksempelvis er det angitt at leger som overtar samtykkekompetanse for pasienter er forpliktet til å rådføre seg med "the independent mental capacity advocates service". Videre er det stadfestet konkrete vurderingsprinsipper (se pkt. 4.3.4), og det klart regulert hvilke rettigheter pasienten har til å klage m.v.

Etter min oppfatning synes det fornuftig å etablere en lignende nasjonal norm i Norge. Ordningen trenger imidlertid ikke være identisk (rådføringsfunksjonen kan eksempelvis gjerne legges til kliniske etikk-komiteer). Det viktigste er at det etableres supplerende kvalitetssikringsfunksjoner.

I tillegg til å etablere organisatoriske løsninger kan det også utarbeides/implementeres bruk av hjelpemidler/veiledere for helsepersonell. Det eksisterer eksempelvis allerede en del ulike typer algoritmer og tester/scoringsverktøy som systematiserer vurderingsgrunnlaget.

Bruk av algoritmer vil formodentlig kunne gi en oversikt over de ulike elementene som skal inngå i vurderingen av samtykkekompetansen. Etter min oppfatning er slike algoritmer imidlertid ikke til nevneverdig annen hjelp enn at de gir en oversikt over grunnlagene som skal med i vurderingen. De gir liten avklaring i tolkningsspørsmål og gir heller ikke særlig veiledning i skjønnsutøvelse. Ulempen med slike algoritmer vil videre kunne være at de forenkler mer enn det er grunnlag for.

Bruk av tester/scoringsverktøy tar på liknende måte sikte på å gi veiledning på hvordan vurderingen av samtykkekompetansen skal utføres. Det er anført at testene generelt fokuserer på fire områder: (1) Evnen til å uttrykke et valg, (2) evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp, (3) evnen til å anerkjenne denne informasjonen i sin egen situasjon, spesielt i forhold til ens egen lidelse og de mulige konsekvensene av de ulike behandlingsalternativene og/eller (4) evnen til å resonnerer med relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingsalternativene⁴⁰. Slike tester kan formodentlig være gode veiledere til vurdering av pasienters samtykkekompetanse (se nærmere pkt. 4.3.4), men de vil aldri fullt ut kunne erstatte det konkrete kliniske skjønnet⁴¹.

4.3 Konkrete eksempler på uløste tolkningsspørsmål

Det påfølgende spørsmålet som resultatene over reiser er spørsmålet om hva de konkrete tolkningsløsningene bør bli der loven åpner for skjønn eller ikke gir anvisning på noen klar løsning. I gjennomgangen av de juridiske føringene over ble det pekt på en rekke spørsmål og skjønnsstemaer som ikke synes endelig avklart. For å trekke frem noen sentrale problemer ved vurdering av samtykkekompetanse kan jeg her særlig nevne følgende spørsmål:

1. Hvilke helsetiltak kan barn i ulike aldersgrupper selv samtykke til?
2. Hvilket tiltak er av en slik art at den helserettslige myndighetsalder på 16 år utsettes?
3. Hvordan skal vurderingsnormen for samtykkekompetanse hos umyndiggjorte praktiseres?
4. Hva skal til for at redusert forståelse grunnet sykdomstilstand medfører manglende samtykkekompetanse?

Nå har jeg overfor allerede indikert at disse (og øvrige) spørsmål (etter min oppfatning) bør søkes løst gjennom veiledning eller retningslinjer fra eksempelvis kliniske etikk-komiteer. Det synes imidlertid like fullt riktig å knytte noen nærmere bemerkninger til disse spørsmålene her.

4.3.1 Barns samtykkekompetanse

Det rettslige grunnlaget synes å legge til grunn at barn helt ned til 12 år (og kanskje også enda yngre barn) bør få beholde egen samtykkekompetanse der forholdene tilsier det "av grunner som bør respekteres", og "tiltakets art" ikke taler i mot det (se 3.1.3.1). Lovens ordlyd gir imidlertid ingen nærmere holdepunkter for hvordan helsepersonell skal vurdere om barnet har samtykkekompetanse. Den praktiske vurderingen vil som nevnt formodentlig bygge på en vurdering av barnets utvikling og modenhet, og for øvrig om det foreligger grunner som tilsier at foreldrene bør involveres.

Jeg er ikke kjent med om det er gjort omfattende forskning på spørsmålet om behov for begrensninger i barns samtykkekompetanse på bakgrunn av deres manglende utvikling og modenhet. Det kan imidlertid bemerkes at Kuther i en gjennomgangsartikkel⁴² antyder at barn på 14 år synes å utvise tilsvarende kapasitet til å avgi informert samtykke til helsehjelp som voksne. Det samme gjaldt imidlertid ikke for barn på 9 år. Dette kan antyde at spørsmålet om barns evne til å avgi informert samtykke i liten grad vil være begrenset av manglende utvikling og modenhet for barn fra 14 år og opp, og formodentlig vil disse hensyn i det hele tatt spille liten rolle for barns samtykkekompetanse dersom man legger til grunn at barns adgang til selvstendig samtykkekompetanse uansett er avgrenset nedad til 12 år.

Spørsmålet blir da videre i hvilken grad andre hensyn bør legge begrensninger på barns samtykkekompetanse. Slik jeg ser det er det særlig to andre hensyn som bør vektlegges. Det første er hensynet til foreldrenes ansvar. De har på generelt grunnlag rett til å delta (og tidvis styre) de beslutninger som påvirker barnet. Det andre er hensynet til å beskytte barnet mot for mye ansvar. Den frihet som ligger i retten til å inneha samtykkekompetanse medfører også et ansvar til å treffe et valg, og i en del situasjoner vil det kunne tenkes at barn bør skjermes fra å måtte treffe vanskelige

beslutninger på egen hånd. Disse hensyn ligner i stor grad de hensyn som etter min oppfatning bør ligge til grunn i vurderingen av "tiltakets art" (som nærmere drøftet i 4.3.2 under). Det må imidlertid være klart at terskelen for hvilke tiltak som ikke bør ligge under barns samtykkekompetanse bør avveies mot barnets alder. Jo yngre barnet er jo viktigere er det å la foreldrene få ta ansvar, og tilsvarende viktigere er det å beskytte barnet fra å måtte ta stilling til spørsmål som kan være vanskelige. Unntaksvurderingen bør etter min oppfatning derfor klarligvis ikke vurderes like snevert som for ungdom over 16 år i det lovgivers tilsktede helserettslige myndighetsalder må være ment å utgjøre en reell myndighetsgrense.

4.3.2 Utsettelse av ungdoms samtykkekompetanse

Selv om den helserettslige myndighetsalder er satt til 16 år vil samtykkekompetansen for ungdom mellom 16 år og 18 år som nevnt kunne begrenses der "tiltakets art" tilsier det (se 3.1.3.1). Lovens ordlyd gir imidlertid ingen nærmere avklaring på hva som ligger i dette begrepet, og det er relativt sparsommelig med konkrete retningslinjer i forarbeidene og rundskrivet for hvordan dette begrepet skal fortolkes.

Etter mitt syn bør utgangspunktet være at ungdom over 16 år besitter samme personlige egenskaper til å kunne avgi informert samtykke som voksne over 18 år. I motsetning til barn kan jeg derfor vanskelig se at spørsmål som "modenhet" og "manglende utvikling" vil kunne være av relevans for denne gruppen pasienter. Det bør derfor være andre spesielle hensyn som hensyntas dersom samtykkekompetansen skal falle bort grunnet "tiltakets art". I likhet med barn vil det kanskje være riktig å trekke inn hensynet til foreldrenes ansvar, og dessuten behovet for tidvis å gi ungdom mellom 16 og 18 år en viss ansvarsbeskyttelse inntil den endelige myndighetsalder på 18 år inntreffer. Disse hensyn henger i prinsippet sammen med de foregående hensyn (modenhet og utvikling hos pasienten), men utgjør strengt tatt ikke samme vurderingstema. Jeg har dog ingen konkret oppfatning av hvilke helsehjelpstiltak dette i praksis vil unnta, men jeg finner eksemplene nevnt over fra forarbeidene (forskningsprosjekter eller eksperimentell behandling, smertefull eller risikofylt behandling og behandling som er irreversibel, bl.a. plastisk kirurgi) for å være gode illustrasjoner. Dette er inngrep/helsehjelp som av nevnte hensyn gjerne kan overlates til foreldrene.

4.3.3 Samtykkekompetanse hos umyndiggjorte

Loven forutsetter at umyndiggjorte skal ha samtykkekompetanse "i så stor utstrekning som mulig", men sier ikke noe nærmere om hvordan helsepersonell skal vurdere hva som faktisk er mulig. Som nevnt over (3.1.3.1) har jeg imidlertid utgått fra at vurderingen i det minste bør avgrense samtykkekompetansen der "tiltakets art" tilsier det og/eller pasienten "åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter". Disse begrensningene utgjør de samme vurderingstemaene som vurderingen av samtykkekompetanse hos barn og ungdom (som drøftet over i pkt. 4.3.1 og 4.3.2), og vurderingen av samtykkekompetanse for myndige (nærmere under i pkt. 4.3.4). Til forskjell fra ungdom er det imidlertid ikke foreldreansvaret som skal hensyntas, men vergens ansvar. Disse ansvarsrollene vil imidlertid langt på vei være likeverdige, og innebærer derfor neppe noen nevneverdig forskjell i vurderingsgrunnlaget.

4.3.4 Manglende samtykkekompetanse grunnet redusert forståelse p.g.a. sykdomstilstand

Loven angir at manglende samtykkekompetanse hos myndige forutsetter at det foreligger en sykdomstilstand som fører til at pasienten åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter. De nærmere rettslige grunnlag for tolkningen av denne bestemmelsen er gjennomgått over (3.1.3.2). Denne kompetansebestemmelsen samsvarer for øvrig i stor grad med tilsvarende bestemmelser og

praksis i andre land, og det er publisert en del artikler om dette vurderingstemaet basert på juridiske, psykiatriske og etiske perspektiver.

Selv om avsnittet over antyder at spørsmålet gjelder myndige, vil dette også gjelde vurdering av samtykkekompetanse hos barn, ungdom og umyndige.

Spørsmålet åpner for at helsepersonellet må utøve en vurdering som baserer seg på flere skjønnelementer: Er pasienten i stand til å forstå hva samtykket omfatter? Hvis ikke, skyldes dette sykdomstilstand? Hvis ja, er helsepersonellet sikker på dette (er dette "åpenbart")?

Vurderingen forutsetter for det første at helsepersonellet må ha en klar forståelse av hva et informert samtykke innebærer. Først da vil de ha en grunnleggende forståelse for hvor mye informasjon som skal overbringes til pasienten, og hva pasienten må forholde seg til. Videre må de ha grunnleggende kjennskap til prinsippet om pasientens autonomi. Dette vil på samme måte være en forutsetning for at helsepersonellet skal kunne hensynta spørsmålet om pasientens rett til å bestemme (samtykke) selv. I tillegg vil spørsmålet alltid bero på en konkret vurdering av det enkelte tilfelle, hvor avveiningen av ovennevnte hensyn mot pasientens kliniske tilstand og den konkrete situasjonens krav må vurderes opp mot hverandre⁴³.

Selv om vurderingen alltid vil være konkret er det like fullt noen generelle forhold helsepersonell bør fokusere på i sin konsultasjon for å avklare om pasienten har samtykkekompetanse. Disse kan gjerne deles inn lik ovennevnte fire kategorier for hva man normalt tester pasienters samtykkekompetanse etter (se pkt. 4.2 i.f.). Helsepersonellet bør søke å avklare følgende:

1. Evner pasienten å uttrykke et valg?
2. Har pasienten evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelpen?
3. Viser pasienten evne til å anerkjenne denne informasjonen i sin egen situasjon, spesielt i forhold til ens egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingsoalternativene?
4. Har pasienten evne til å resonnerer med relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingsoalternativene?

Etter min oppfatning blir formodentlig noe av det viktigste ved en slik vurdering at helsepersonellet forstår hvilke grunnleggende hensyn som skal ivaretas, og at andre utenforstående forhold ikke blandes inn. Det vil formodentlig kunne forekomme en del ulike feilvurderinger i denne sammenheng dersom utgangspunktet for vurderingen er feil og uvedkommende hensyn blandes inn. Noen gode eksempler på klassiske feil er gjennomgått av Ganzini m.fl. i "Ten myths about decision-making capacity"⁴⁴. De gjennomgår noen typiske feilslutninger, som bl.a. innbefatter:

- "myndighet og beslutningskompetanse er det samme",
- "pasienter som ikke følger legens råd har redusert samtykkekompetanse",
- "det er ikke nødvendig å vurdere samtykkekompetansen hvis pasienten følger legens råd",
- " redusert samtykkekompetanse tilsvarer redusert kognitiv funksjon",
- "mangel på samtykkekompetanse er en permanent status",
- "pasienter som er tvangsinnlagt eller er demente mangler samtykkekompetanse" og
- "når samtykkekompetanse mangler så mangler den for alle beslutninger"

For å sikre et godt utgangspunkt i vurderingen av samtykkekompetanse har jeg personlig særlig sans for den engelske modellen som følger av "the Mental Capacity Act"⁴⁵. Denne regulerer som nevnt i relativt utfyllende grad både hva som skal vurderes, hvordan det skal gjøres, hvem som eventuelt skal bistå/veilede ved vanskelige spørsmål, hvordan klagesituasjoner skal behandles m.m. I forlengelsen av drøftelsen i avsnittet over om behovet for å sikre riktig vurderingsgrunnlag og derved sikre at

urvedkommende forhold holdes utenfor, angir eksempelvis dette regelverket fem nøkkelpinsipper som skal legges til grunn:

1. Utgangspunktet bør alltid være at pasienten har samtykkekompetanse. Pasientens diagnose, oppførsel eller fremtreden bør aldri lede til en antagelse av at samtykkekompetansen mangler.
2. Pasientens mulighet til å treffe en beslutning skal alltid optimaliseres før man konkluderer på om samtykkekompetansen mangler. Alle praktiske tiltak skal tas, slik som å sørge for at pasienten for nok tid til å gjøre sine vurderinger, repetere det samtykke omfatter hvis vurderingsevnen varierer over tid, og om nødvendig bruke tolker, bilder m.v.
3. Pasienter har rett til å treffe ukloke beslutninger. Det er ikke selve beslutningen, men måten beslutningen blir truffet på, som avgjør om pasienten har samtykkekompetanse.
4. Beslutninger (og handlinger) gjort på vegne av pasienter som ikke har samtykkekompetanse må alltid være i pasientens beste interesse.
5. Slike beslutninger må også basere seg på det alternativet som i minst mulig grad begrenser pasientens grunnleggende rettigheter og frihet.

Med utgangspunkt i de aktuelle norske bestemmelsene synes jeg at disse prinsippene langt på vei utgjør gode og nødvendige tilleggskriterier. Særlig vilkåret om optimalisering av pasientens kompetansegrunnlag (2. prinsipp), som ikke fremgår uttrykkelig i det rettslige grunnlaget (se kommentar under pkt. 3.1.3.2), er etter min oppfatning et godt og nødvendig hensyn som bør med i praktiseringen av hvordan samtykkekompetanse skal vurderes.

5. Konklusjon

Helsepersonell må tilnærmet alltid gjøre en vurdering av pasientens samtykkekompetanse før helsehjelp ytes. De juridiske retningslinjene for vurderingsgrunnlaget er relativt omfattende, men gir like fullt ikke klar anvisning på alle spørsmål.

Det synes ikke å være tilstrekkelig fokus på å sikre kompetanse hos ansvarlig helsepersonell, og det er ikke implementert tilstrekkelig kvalitetssikrende løsninger for hvordan samtykkekompetanse skal vurderes.

Helsevesenet bør tilsikre at helsepersonell har god nok kompetanse på området gjennom tilstrekkelig opplæring. Det bør videre implementeres kvalitetssikrende ordninger slik at samtykkekompetanse vurderes riktig av helsepersonell. Dette kan omfatte organisatoriske løsninger (som eksempelvis veiledende organer eller komiteer), veiledere (eksempelvis utarbeidelse av algoritmer, tester m.v.) og forskning, f.eks. på de konkrete tolkningsspørsmål som loven åpner for og hvordan samtykkekompetanse vurderes i praksis.

Referanser

- ¹ Syse A., Pasientrettighetsloven med kommentarer (2001) s. 182
- ² Sinding Aasen H., Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling (2000), kap. 9
- ³ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 2.15
- ⁴ Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, 4. april 1997, kap II
- ⁵ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 6.1
- ⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) kap. 5.1
- ⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 6.7.4.2
- ⁸ Se Pedersen, R., Nordtvedt, P., Når kan pasienten nekte helsehjelp?, Kritisk Juss 2006 (32) nr. 3, s. 229 flg.
- ⁹ Rundskriv IS-12/2004 Lov om pasientrettigheter (Sosial og helsedirektoratet)
- ¹⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 6.7.3.1
- ¹¹ Syse A., Pasientrettighetsloven med kommentarer (2001) s. 212. Se også s. 201.
- ¹² Sinding Aasen H., Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling (2000), s. 568
- ¹³ Sinding Aasen H., Om barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål (FAB), 2008, nr. 1, s. 4-27
- ¹⁴ Lov av 8. april 1981, nr. 7, §§ 31 og 33
- ¹⁵ Sinding Aasen H., Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling (2000), kap.9.2.3
- ¹⁶ Sinding Aasen H., Om barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål (FAB), 2008, nr. 1, s. 4-27
- ¹⁷ Halvorsen M, Norsk Biobankrett, Rettslig regulering av humant biologisk materiale, (2006), s. 106
- ¹⁸ Sinding Aasen H., Om barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål (FAB), 2008, nr. 1, s. 24-25
- ¹⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 6.7.3.2
- ²⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 6.7.2.1
- ²¹ Rundskriv I-8/2003, kommentar til pasrl. § 4-3
- ²² Halvorsen M, Norsk Biobankrett, Rettslig regulering av humant biologisk materiale, (2006), s. 110
- ²³ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 6.7.2.2
- ²⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 12
- ²⁵ Rundskriv IS-12/2004 Lov om pasientrettigheter (Sosial og helsedirektoratet)
- ²⁶ Rundskriv IS-12/2004 Lov om pasientrettigheter (Sosial og helsedirektoratet)
- ²⁷ Ohnstad B., Rettigheter og plikter etter ny helselovgivning (2002), s. 135
- ²⁸ Pedersen R. og Nordtvedt P., Merknad til høringsnotat til Helse og omsorgsdepartementet, 14.06.05, s. 1.
- ²⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 6.7.2.2
- ³⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 12, kommentar til § 4-3
- ³¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 12, kommentar til § 4-6.
- ³² Rundskriv IS-12/2004 Lov om pasientrettigheter (Sosial og helsedirektoratet), kommentar til § 4-6
- ³³ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 6.7.3.3.
- ³⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 6.7.2.2
- ³⁵ Syse A., Pasientrettighetsloven med kommentarer (2001) s. 208
- ³⁶ Ot.prp. nr. 64 (2005-2005) kap 4.6.3.2.
- ³⁷ Ot.prp. nr. 64 (2005-2005) kap 4.6.4.6.
- ³⁸ Rundskriv IS-10/2008 Lov om pasientrettigheter kap 4A (Sosial og helsedirektoratet)
- ³⁹ Nicholson T.R.J., Cutter W., Hotopf M., Assessing mental capacity: the Mental Capacity Act, BMJ 2008; 336; 322-325.

-
- ⁴⁰ Pedersen R., Hofmann B, Mangset M, Pasientautonomi og informert samtykke i klinisk arbeid, Tidsskriftet for legeforeningen 12/2007, 127:1644-7
- ⁴¹ Vellinga A, Smit JH, van Leeuwen E, van Tilburg W, Jonker C., Instruments to assess decision-making capacity: an overview, Int. Psychogeriatr. 2004 Dec;16(4):397-419.
- ⁴² Kutner T. L., Medical decision-making and minors, Issues of consent and assent, Adolescence; Vol 38, no. 150, summer 2003, pp 343-358
- ⁴³ Grisso T, Appelbaum PS. Assessing competence to consent to treatment. New York: Oxford University Press, 1998
- ⁴⁴ Ganzini L, Volicser L, Nelson WA et al. Ten myths about decision-making capacity. J Am Med Dir Assoc 2004; 5: 263-7
- ⁴⁵ Nicholson T.R.J., Cutter W., Hotopf M., Assessing mental capacity: the Mental Capacity Act, BMJ 2008; 336; 322-325.

Bilag 1, Relevant lovtekst

Helsepersonelloven

§ 7. Øyeblikkelig hjelp

Helsepersonell skal straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig. Med de begrensninger som følger av pasientrettighetsloven

§ 4-9, skal nødvendig helsehjelp gis selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen.

Ved tvil om helsehjelpen er påtrengende nødvendig, skal helsepersonell foreta nødvendige undersøkelser.

Plikten gjelder ikke i den grad annet kvalifisert helsepersonell påtar seg ansvaret for å gi helsehjelpen.

Pasientrettighetsloven

Kapittel 3. Rett til medvirkning og informasjon

§ 3-1. Pasientens rett til medvirkning

Pasienten har rett til å medvirke ved gjennomføring av helsehjelpen. Pasienten har herunder rett til å medvirke ved valg mellom tilgjengelige og forsvarlige undersøkelses- og behandlingsmetoder. Medvirkningens form skal tilpasses den enkeltes evne til å gi og motta informasjon.

Dersom pasienten ikke har samtykkekompetanse, har pasientens nærmeste pårørende rett til å medvirke sammen med pasienten.

Ønsker pasienten at andre personer skal være til stede når helsehjelp gis, skal dette imøtekommes så langt som mulig.

§ 3-2. Pasientens rett til informasjon

Pasienten skal ha den informasjon som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Pasienten skal også informeres om mulige risikoer og bivirkninger.

Informasjon skal ikke gis mot pasientens uttrykte vilje, med mindre det er nødvendig for å forebygge skadevirkninger av helsehjelpen, eller det er bestemt i eller i medhold av lov.

Informasjon kan unnlates dersom det er påtrengende nødvendig for å hindre fare for liv eller alvorlig helseskade for pasienten selv. Informasjon kan også unnlates dersom det er klart utilrådelig av hensyn til personer som står pasienten nær, å gi slik informasjon.

Dersom pasienten blir påført skade eller alvorlige komplikasjoner, skal pasienten informeres om dette. Pasienten skal samtidig gjøres kjent med adgangen til å søke erstatning hos Norsk Pasientskadeerstatning.

Dersom det etter at behandlingen er avsluttet, oppdages at pasienten kan ha blitt påført betydelig skade som følge av helsehjelpen, skal pasienten om mulig informeres om dette.

§ 3-3. Informasjon til pasientens nærmeste pårørende

Dersom pasienten samtykker til det eller forholdene tilsier det, skal pasientens nærmeste pårørende ha informasjon om pasientens helsetilstand og den helsehjelp som ytes.

Er pasienten over 16 år og åpenbart ikke kan ivareta sine interesser på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming, har både pasienten og dennes nærmeste pårørende rett til informasjon etter reglene i § 3-2.

§ 3-4. Informasjon når pasienten er mindreårig

Er pasienten under 16 år, skal både pasienten og foreldrene eller andre med foreldreansvaret informeres.

Er pasienten mellom 12 og 16 år, skal opplysninger ikke gis til foreldrene eller andre med foreldreansvaret når pasienten av grunner som bør respekteres, ikke ønsker dette.

Informasjon som er nødvendig for å oppfylle foreldreansvaret, skal likevel gis foreldre eller andre med foreldreansvaret når pasienten er under 18 år.

Dersom barneverntjenesten har overtatt omsorgen for barn under 16 år etter barnevernloven § 4-8 eller § 4-12, gjelder første, annet og tredje ledd tilsvarende for barneverntjenesten.

§ 3-5. Informasjonens form

Informasjonen skal være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger, som alder, modenhet, erfaring og kultur- og språkbakgrunn. Informasjonen skal gis på en hensynsfull måte.

Helsepersonellet skal så langt som mulig sikre seg at pasienten har forstått innholdet og betydningen av opplysningene.

Opplysning om den informasjon som er gitt, skal nedtegnes i pasientens journal.

§ 3-6. Rett til vern mot spredning av opplysninger

Opplysninger om legems- og sykdomsforhold samt andre personlige opplysninger skal behandles i samsvar med gjeldende bestemmelser om taushetsplikt. Opplysningene skal behandles med varsomhet og respekt for integriteten til den opplysningene gjelder.

Taushetsplikten faller bort i den utstrekning den som har krav på taushet, samtykker.

Dersom helsepersonell utleverer opplysninger som er undergitt lovbestemt opplysningsplikt, skal den opplysningene gjelder, så langt forholdene tilsier det informeres om at opplysningene er gitt og hvilke opplysninger det dreier seg om.

Kapittel 4. Samtykke til helsehjelp

§ 4-1. Hovedregel om samtykke

Helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke. For at samtykket skal være gyldig, må pasienten ha fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen.

Pasienten kan trekke sitt samtykke tilbake. Trekker pasienten samtykket tilbake, skal den som yter helsehjelp gi nødvendig informasjon om betydningen av at helsehjelpen ikke gis.

§ 4-2. Krav til samtykkets form

Samtykke kan gis uttrykkelig eller stilltiende. Stilltiende samtykke anses å foreligge dersom det ut fra pasientens handlemåte og omstendighetene for øvrig er sannsynlig at hun eller han godtar helsehjelpen.

Departementet kan gi forskrifter om krav til skriftlighet eller andre formkrav ved visse former for helsehjelp.

§ 4-3. Hvem som har samtykkekompetanse

Rett til å samtykke til helsehjelp har:

- a) myndige personer, med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser, og
- b) mindreårige etter fylte 16 år, med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser eller av tiltakets art.

Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.

Den som yter helsehjelp avgjør om pasienten mangler kompetanse til å samtykke etter annet ledd. Helsepersonellet skal ut fra pasientens alder, psykiske tilstand, modenhet og erfaringsbakgrunn legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp, jf. § 3-5.

Avgjørelse som gjelder manglende samtykkekompetanse skal være begrunnet og skriftlig, og om mulig straks legges frem for pasienten og dennes nærmeste pårørende. Mangler pasienten nærmeste pårørende, skal avgjørelsen legges frem for helsepersonell som angitt i § 4-8.

Undersøkelse og behandling av psykiske lidelser hos personer som mangler samtykkekompetanse etter annet ledd og som har eller antas å ha en alvorlig sinnslidelse eller motsetter seg helsehjelpen, kan bare skje med hjemmel i psykisk helsevernloven kapittel 3.

§ 4-4. Samtykke på vegne av barn

Foreldrene eller andre med foreldreansvaret har rett til å samtykke til helsehjelp for pasienter under 16 år.

Dersom barneverntjenesten har overtatt omsorgen for barn under 16 år etter barnevernloven § 4-6 annet ledd, § 4-8 eller § 4-12, har barneverntjenesten rett til å samtykke til helsehjelp.

Etter hvert som barnet utvikles og modnes, skal barnets foreldre, andre med foreldreansvaret eller barnevernet, jf. annet ledd, høre hva barnet har å si før samtykke gis. Når barnet er fylt 12 år, skal det få si sin mening i alle spørsmål som angår egen helse. Det skal legges økende vekt på hva barnet mener ut fra alder og modenhet.

§ 4-5. Samtykke på vegne av ungdom som ikke har samtykkekompetanse

Foreldrene eller andre med foreldreansvaret har rett til å samtykke til helsehjelp for pasienter mellom 16 og 18 år som ikke har samtykkekompetanse.

Dersom barneverntjenesten har overtatt omsorgen for barn mellom 16 og 18 år etter barnevernloven § 4-8 eller § 4-12, har barneverntjenesten rett til å samtykke til helsehjelp.

Helsehjelp kan ikke gis dersom pasienten motsetter seg dette, med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser.

§ 4-6. Om myndige pasienter som ikke har samtykkekompetanse

Dersom en myndig pasient ikke har samtykkekompetanse, kan den som yter helsehjelp ta avgjørelse om helsehjelp som er av lite inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet.

Helsehjelp som innebærer et alvorlig inngrep for pasienten, kan gis dersom det anses å være i pasientens interesse, og det er sannsynlig at pasienten ville ha gitt tillatelse til slik hjelp. Der det er mulig skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten ville ha ønsket. Slik helsehjelp kan besluttet av den som er ansvarlig for helsehjelpen, etter samråd med annet kvalifisert helsepersonell. Det skal fremgå av journalen hva pasientens nærmeste pårørende har opplyst, og hva annet kvalifisert helsepersonell har hatt av oppfatninger. Helsehjelp etter første og annet ledd kan ikke gis dersom pasienten motsetter seg dette, med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser.

§ 4-7. Om pasienter som er umyndiggjort

Pasient som er umyndiggjort etter lov av 28. november 1898, skal i så stor utstrekning som mulig selv samtykke til helsehjelp. Dersom dette ikke er mulig, kan vergen samtykke på vegne av den umyndiggjorte.

§ 4-8. Om pasienter uten samtykkekompetanse som ikke har nærmeste pårørende

Den som yter helsehjelp, kan i samråd med annet kvalifisert helsepersonell samtykke til helsehjelp for pasienter som mangler samtykkekompetanse og som ikke har nærmeste pårørende.

§ 4-9. Pasientens rett til å nekte helsehjelp i særlige situasjoner

Pasienten har på grunn av alvorlig overbevisning rett til å nekte å motta blod eller blodprodukter eller til å nekte å avbryte en pågående sultestreik.

En døende pasient har rett til å motsette seg livsforlengende behandling. Er en døende pasient ute av stand til å formidle et behandlingsønske, skal helsepersonellet unnlate å gi helsehjelp dersom pasientens nærmeste pårørende tilkjenner tilsvarende ønsker, og helsepersonellet etter en selvstendig vurdering finner at dette også er pasientens ønske og at ønsket åpenbart bør respekteres.

Helsepersonell må forsikre seg om at pasient som nevnt i første og annet ledd er myndig, og at vedkommende er gitt tilfredsstillende informasjon og har forstått konsekvensene for egen helse ved behandlingsnektelsen.

Kapittel 4 A. Helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen mv. (Ikrafttredelse 01.01.09)

§ 4A-1. Formål

Formålet med reglene i dette kapitlet er å yte nødvendig helsehjelp for å hindre vesentlig helseskade samt å forebygge og begrense bruk av tvang.

Helsehjelpen skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientens selvbestemmelsesrett.

§ 4A-2. Virkeområde

Kapitlet kommer til anvendelse når helsepersonell yter helsehjelp til pasienter

over 16 år som mangler samtykkekompetanse, jf. kapittel 4, og som motsetter seg helsehjelpen.

Undersøkelse og behandling av psykisk lidelse uten eget samtykke kan likevel bare skje med hjemmel i lov 2. juli 1999 nr. 62 om psykisk helsevern.

§ 4A-3. Adgang til å gi helsehjelp som pasienten motsetter seg

Før det kan ytes helsehjelp som pasienten motsetter seg, må tillitskapende tiltak ha vært forsøkt, med mindre det er åpenbart formålsløst å prøve dette.

Opprettholder pasienten sin motstand, eller vet helsepersonellet at vedkommende med stor sannsynlighet vil opprettholde sin motstand, kan det treffes vedtak om helsehjelp dersom

- a) en unnlatelse av å gi helsehjelp kan føre til vesentlig helseskade for pasienten, og
- b) helsehjelpen anses nødvendig, og
- c) tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen.

Selv om vilkårene i første og andre ledd er oppfylt, kan helsehjelp bare gis der dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for pasienten. I vurderingen av om slik helsehjelp skal gis, skal det blant annet legges vekt på graden av motstand samt om det i nær fremtid kan forventes at pasienten vil kunne gjenvinne sin samtykkekompetanse.

§ 4A-4. Gjennomføring av helsehjelpen

Dersom vilkårene i § 4A-3 er oppfylt, kan helsehjelp gjennomføres med tvang eller andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten.

Pasienten kan blant annet legges inn ved helseinstitusjon og holdes tilbake der dersom det er nødvendig for å få gjennomført helsehjelpen.

Dersom lovens vilkår er oppfylt, kan videre varslingssystemer med tekniske innretninger og bevegelseshindrende tiltak som belter og lignende anvendes.

Helsehjelpen skal vurderes fortløpende og avbrytes straks lovens vilkår ikke lenger er til stede. Det skal særlig legges vekt på om helsehjelpen viser seg å ikke ha ønsket virkning, eller har uforutsette negative virkninger.

§ 4A-5. Vedtak om helsehjelp som pasienten motsetter seg

Vedtak om helsehjelp etter dette kapitlet treffes av det helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen. Vedtak kan bare treffes for inntil ett år av gangen.

Dersom helsehjelpen innebærer et alvorlig inngrep for pasienten, skal det treffes vedtak av helsepersonell som nevnt i første ledd, etter samråd med annet kvalifisert helsepersonell. I vurderingen av hva som er et alvorlig inngrep for pasienten, skal det blant annet tas hensyn til om tiltaket innebærer inngrep i kroppen, bruk av reseptbelagte legemidler og graden av motstand. Dersom pasienten motsetter seg at helsehjelpen blir gjennomført ved innleggelse eller tilbakeholdelse i helseinstitusjon, eller motsetter seg bruk av bevegelseshindrende tiltak, skal det alltid regnes som alvorlig inngrep.

Vedtak om undersøkelse og behandling omfatter den pleie og omsorg som er nødvendig for å gjennomføre undersøkelsen og behandlingen. Dersom hovedformålet med helsehjelpen er pleie og omsorg, skal det treffes eget vedtak om dette.

Der det er mulig, skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten ville ha ønsket, før vedtak etter § 4A-5 første og annet ledd treffes.

§ 4A-6. Underretning

Pasienten og pasientens nærmeste pårørende skal snarest mulig underrettes om vedtak truffet etter § 4A-5. Etterfølgende underretning til pasienten er likevel tilstrekkelig dersom underretningen vil medføre fare for at helsehjelpen ikke kan gjennomføres.

Underretningen skal opplyse om adgangen til å klage og til å uttale seg i saken. Kopi av underretningen skal sendes den som har det overordnede faglige ansvaret for helsehjelpen. Videre skal kopi av vedtak etter § 4A-5 sendes til helsetilsynet i fylket.

§ 4A-7. Klage

Vedtak om helsehjelp etter § 4A-5 kan påklages til helsetilsynet i fylket av pasienten eller pasientens nærmeste pårørende.

Bestemmelsene i § 7-3 gjelder tilsvarende for klage etter paragrafen her.

Fristen for å klage til helsetilsynet i fylket er tre uker fra vedkommende fikk eller burde ha fått kjennskap til vedtaket.

§ 4A-8. Overprøving og etterfølgende kontroll

Helsetilsynet i fylket kan av eget tiltak overprøve vedtak som er truffet etter § 4A-5.

Dersom et vedtak om helsehjelp etter dette kapitlet ikke er påklaget og helsehjelpen vedvarer, skal helsetilsynet i fylket, når det har gått tre måneder fra vedtaket ble truffet, av eget tiltak vurdere om det fortsatt er behov for helsehjelpen.

§ 4A-9. Forvaltningslovens anvendelse

Forvaltningsloven gjelder så langt den passer for vedtak etter § 4A-5, med de særlige bestemmelser som er gitt i dette kapitlet.

§ 4A-10. Domstolsprøving

Vedtak i klagesak etter § 4A-7 som innebærer innleggelse og tilbakeholdelse i institusjon, eller helsehjelp som strekker seg ut over tre måneder, kan av pasienten eller pasientens nærmeste pårørende bringes inn for retten etter reglene i lov 13. august 1915 om rettergangsmåten for tvistemål kapittel 33.1 Tilsvarende gjelder for helsetilsynet i fylkets vedtak om helsehjelp som innebærer innleggelse og tilbakeholdelse, eller som strekker seg ut over tre måneder, jf. § 4A-8.

§ 4A-11. Forskrift

Departementet kan gi nærmere regler om gjennomføringen av helsehjelpen etter dette kapitlet og om saksbehandlingen, herunder hvilke krav som skal stilles til dokumentasjon av vedtak om helsehjelp.

Bilag 2, Spørreundersøkelse

Hei,

Jeg er medisinstudent ved UiO, og skriver på en studentoppgave ved Seksjon for medisinsk etikk ved Det medisinske fakultet i Oslo. Oppgaven min omhandler "vurdering av pasienters samtykkekompetanse i somatikken". I denne anledning prøver jeg å avklare om, og eventuelt i hvilken utstrekning de ulike medisinske fakultetene i Norge underviser dette temaet. Etter summarisk gjennomgang av undervisningstemaene ved ditt fakultet kan jeg ikke se at det gis undervisning i nevnte tema hos dere. Jeg hadde også en samtale med deg for et års tid siden hvor jeg kort spurte om dette. For god ordens skyld hadde det vært fint med en avklarende bekreftelse på behandlingen av dette temaet hos dere. Spørsmålene er:

Undervises medisinstudentene i hvordan man VURDERER OM pasienten har samtykkekompetanse?

Ja / Nei / (Vet ikke)

Hvis ja, kan du si noe mer om undervisningen:

Læringsmål?

Pensum?

Antall timer?

Eksaminering?

Undervisningsformer?

Når i studiet?

Innenfor hvilke "type" semester eller termin/faglig kontekst eller område?

Undervisernes faglig bakgrunn?

Forskningsbasert undervisning?

Inngår pasientrettighetslovens § 4-3, nye kapittel 4 A og endret § 4-6 i undervisningen?

Jeg ville satt stor pris på en tilbakemelding innen 14 dager. I vår samtale for drøyt et år siden fikk jeg inntrykk av at dere hadde noe undervisning som omhandlet håndtering av pasienter som ikke var samtykkekompetente. Jeg fikk imidlertid samtidig inntrykk av at selve vurderingen av om pasienten hadde samtykkekompetanse (etter pasrl. § 4-3) ikke hadde vært et behandlet tema. Om jeg ikke hører nærmere fra dere utgår jeg fra at dette var en riktig forståelse av undervisningsopplegget (slik jeg fikk inntrykk av i vår telefonsamtale).

Med vennlig hilsen

Jørgen Dahlberg

Stud. Med.